أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

كفاية اللبيب في شرح التهذيب

(النصف الثاني من الكتاب)

تأليف
شهاب الدين القرافي
أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المالكي
(٦٨٤هـ)

تحقيق
د. وديع أكونين

الجزء الثالث

كفاية اللبيب في شرح التهذيب

الطبعة الأولى
١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع
❊ الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
❊ فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
❊ فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
❊ فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
❊ فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
❊ فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩
E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

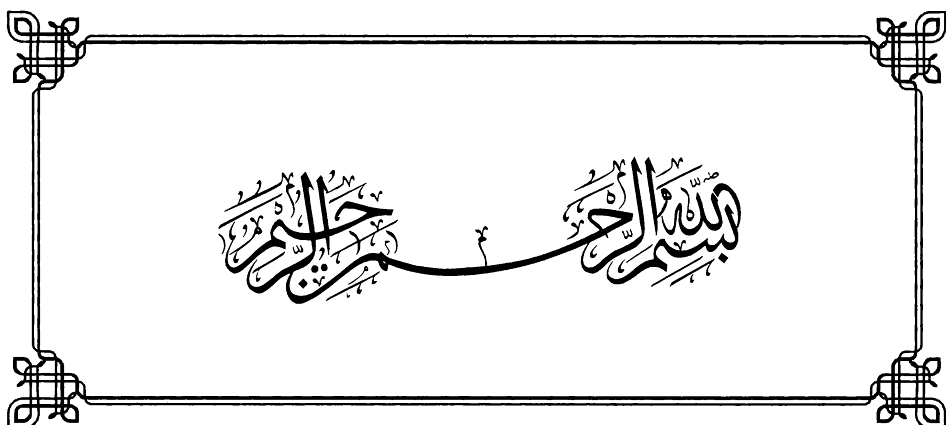
كفاية اللبيب في شرح التهذيب

(النصف الثاني من الكتاب)

تأليف
شهاب الدين القرافي
أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المالكي
(٦٨٤هـ)

تحقيق وتقديم
د. وديع أكونين

الجزء الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم

كتَاب الاستحقَاق

قوله: (للبناء والغرس)[1]. هذا يكونُ لِلأعْوَام، فإن قامَ المسْتَحِقُّ بعد تمام المدَّة فالكراءُ للأول، إن كان مشترياً أوْ وَارِثا، وإن كان غاصباً فالكِراء لربّ الأرض على المذهب، وإن قام في أثناء المدة، فإن كراء ما مضى منها للأول على ما تقدم، وما بقي فلرب الموضع إجازة [١٨٣/ب] الكراء ويأخذ الأجرة من حسابِ الكِراء الأوَّلِ، وقيل: لا يجوز حتى يعْلَما ما يجب لباقِي المدَّة لئَلّا تكُونَ بكراء مجهول.

ووَجْه الأَوَّلِ أن الكل معلوم بالتفصيل يعلم على قرب في ثاني حال فيجوز أو فسخه، وله الخيار في أن يدفع إلى المكتري قيمة عمله قائما أي إلى آخر المدة يقوم على تقدير ثباته إلى ذلك الحد، ولا يجوز له قلعه لأنه بشبهة أو يبيع منه الأرض براحا ويشاركه فيها.

قوله: (والزرع)[1]. هو على وجهين إما أن تكون هذه الأرض تزرع مرة في السنة أو بطونا، فالأول إن قام قبل ذهاب الإبان وبعد الزرع فليس له قلع الزرع ولكن يكون الكراء له، وإن كان بعد ذهاب الإبان فالكراء للأول إن لم يكن غاصبا، ويرده الغاصب. وإن كانت تزرع بطونا فكالسنين، وإذا قام أثناء بطن فما مضى من كرائه الأول إن لم يكن غاصبا، وما بقي للثاني على التفصيل المتقدم.

قوله: (تزرع السنة كلها)[1]. أي بطونا.

قوله: (مقلوعا)[1]. لأنه على ذلك دخل، أعني أن يقلع بعد المدة.

---

(١) التهذيب (٤/١٠٣).




قوله: (قائما)[1]. يعني إلى تمام الأجل.

قوله: (الصبر إلى انقضاء البطن)[1]. لأن ذلك بشبهة فله حق، أما لو كان الأول غاصبا فللثاني قلعه عل المذهب، وقيل ليس له إلا قيمة الكراء، لأنه لا ضرر ولا ضرار.

قوله: (فإن استحقها بعد إبان الزراعة)[1]. هذا إن كان الأول غاصبا فالمذهب أن لرب الأرض أخذه بقلعه، لأنه لا حق له. وقيل ليس له إلا الكراء لأن في قلعه ضررا فلا فائدة تدخل على رب الأرض.

قوله: (لا يعلم أغاصب هو أو مبتاع)[1]. أي فيحمل على ألاّ غصبَ لأنه على خلاف الأصل، وكذلك لو ادعى أنه غصبه ذلك فأنكره فأقام بينة على أنه غصبه فحكمه كمن اكترى أو اشترى من غير غاصب لأن ذلك بشبهة، ولا قطع بشهادة البينة إنما هي ظن.

واعلم أن الغلة لا تكون لرب الموضع في خمسة مواضع:

أحدها: أن يشتري من غاصب لا يعلم أنه غاصب فالغلة له لأنه ضامن.

والثاني: أن يشتري شراءً فاسدا فيستغل، ثم ينقض فتكون الغلة له بالضمان.

الثالث: أن يرد بعيب فالغلة له.

الرابع: أن يشتري ثم يستحق منه ذلك.

والخامس: أن يشتري شقصا فيشفع عليه فيه بعد أن استغله.

قوله: (فإنه يرجع على أخيه بحصته)[1]. لأنه لم يكن ضامنا لذلك.

(١) التهذيب (٤/١٠٤).




قوله: (رجع عل أخيه بالمحاباة)(١). لأنه المسبب، والموهوب لم يتعد.

قوله: (إن كان مليا)(١). فإن كان معسرا رجع على المباشر، ووَجْهُ الثَّانِي أنه وهب ما لا يملك فرجع على المباشر مطلقا أي موسرا كان {أو} عديما.

قوله: (إلا أن يعلم الأخ أن معه وارثا)(٢). هذا قول ثالث بالتفصيل، لأنه إذا علم ذلك كان متعديا وغاصبا ويرجع عليه.

قوله: (فأما إن سكنها هذا الوارث)(٣). القياس يقتضي أن يرجع عليه وهو القول الثاني، كما إذا أسكن غيره لكن المذهب ما قال، واعتذر له بأنه أراد إذا كان هذا الساكن له مواضع أخر مثلها فكأنه لم ينتفع بذلك إذ لم يكن مضطرا إليها، فصار كمن حصد زرع جاره له بغير إذنه ولذلك الجار قدرة على حصاده من أولاد وعبيد، فلا أجرة له على ذلك، فأما إن لم تكن له بموضع آخر واضطر إليه فإنه يرجع عليه بنصف الكراء قولا واحدا لأنه قد تحقق انتفاعه به وهذا ضعيف.

قوله: (له نصف كراء ما سكن)(٤). أي مطلقا وله الكراء أي كله، لأن الأول لم يكن في ضمانه منها شيء [١٨٤/أ] فلا شيء له من الكراء.

قوله: (فليس له قلع الزرع)(٥). لأنه بشبهة.

قوله: (بسبب واحد)(٥). لأنه حينئذ يحجب القادم.

قوله: (بعبد أو بثوب)(٦). يعني ذوات القيم.

---

(١) التهذيب (٤/١٠٤).
(٢) المصدر نفسه (٤/١٠٥).
(٣) في التهذيب «وأما إن سكنها الوارث» (٤/١٠٥).
(٤) في التهذيب «له عليه كراء نصف ما سكن» (٤/١٠٥).
(٥) المصدر نفسه (٤/١٠٥).
(٦) المصدر نفسه (٤/١٠٦).




قوله: (أو بما يوزن من نحاس)(١). يعني ذوات الأمثال، وهي هنا كذوات القيم لأنها تتعلق الأغراض بأعيانها فيفسخ العقد بذهابها، بخلاف ما في الذمة. ولم يذكر ما يكال من الطعام لأنه لا يجوز كراء الأرض به فهذا له ثلاثة أحوال: إن استحق قبل أن يعمل في الأرض شيئا فللمستحق الخيار أن يجيز الكراء، لأنه كراء فضولي فيكون له منافع الأرض ويدفع العبد لرب الأرض، أو يفسخ فيأخذ الأرض ربها. أو بعد أن زرعت فقد فات الكراء، فإن أجازه رفع على المكتري بقية العبد وإلا لزم المكتري كراء الأرض لربها. إن كان بعد أن حدث ولم يزرع فيأخذ الأرض ربها، وهل يغرم للمكتري قيمة الحرث لأن ذلك يصلح الأرض أو لا يدفع له لأنه لم يعمل فيها شيئا له عين؟ قولان.

قوله: (أو أحدث فيها عملا)(١). يعني له عين.

قوله: (فتعدىٰ البائع علىٰ الطعام فباعه أو أكله فعليه أن يأتي بطعام مثله)(٢). إنما كان ذلك هنا معاملة له بنقيض قصده، لأنه يتهم أنه أراد بإتلافه نقض البيع.

قوله: (ولا خيار للمبتاع)(٣). أي إن دفع له المثل.

قوله: (انتقض البيع)(٣). لأن المعين إذا تلف فلا يلزم مثله لأن الأغراض متعلقة بالمعين، بخلاف ما في الذمة إذا تلف لا ينقض البيع به.

قوله: (وليس للبائع أن يأتي بطعام مثله)(٣). يعني إن أبىٰ المبتاع ذلك.

قوله: (فكراء ما مضىٰ للأول)(٣). إن استوىٰ كراء المشهور وأجاز الكراء

---

(١) التهذيب (٤/١٠٦).

(٢) في التهذيب «فتعدىٰ البائع علىٰ الطعام فباعه، فعليه أن يأتي بطعام مثله» (٤/١٠٦).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٠٦).




أخذ ما بقي من حسابه، وإن اختلف فهل له إجازة الكراء أو لا، حتىٰ يعلم ما يجب لباقي المدة، قولان، بناء علىٰ الخلاف هل يجوز جمع الرجلين سلعتهما في البيع بثمن واحد، لأن قدر ما لكل واحد معلوم، أوْ لا لأنه مجهول حال العقد.

قوله: (فرارا من عهدته)[1]. أي بتقدير أن تنهدم الدار ويتعذر سكناها، والغالب خلاف ذلك.

قوله: (ولو انتقد الأول)[1]. أو جعله حالا لأنه كالمقبوض فيكون للمستحق الخيار، لأن الكراء بالنقد ينقض عن الكراء يقبض واجب كل شهر في آخره، فإن أجاز وكان مأمونا دفع له كراء الباقي حالا، وإلا لم يدفع له إلا واجب كل شهر.

قوله: (ونحوه)[1]. من جناية.

قوله: (وقيمة الهدم)[1]. أي ما نقص عن قيمته فإنما قوله لرجع بها المستحق علىٰ الهادم لأنه المباشر لذلك وهذه المسألة والتي بعدها تنقض علىٰ المذهب. قوله في المسألة المتقدمة فالاستحسان ألا يرجع لأخيه عليه بشيء.

والفَرْق أن الموهوب في المسألة الأولىٰ غير متعد وهو في هاتين المسألتين متعد، فلذلك رجع عليه قولا واحدا.

قوله: (إن شاء الثمن الذي قبض فيها وقيمته)[2]. يعني وقيمة الهدم مع ذلك كما تقدم.

قوله: (ولو هدمها المكتري لم يلزمه لربها قيمة)[3]. هذه مسألة فرق؛ لأنه

---

(١) التهذيب (٤/١٠٧).

(٢) في التهذيب «إن شاء الثمن الذي قبض فيه أو قيمته» (٤/١٠٧).

(٣) في التهذيب «ولو هدمها المكري، لم يلزمه لربها قيمته» (٤/١٠٧).




قال فيمن اشترىٰ ثوبا فقطعه للخياطة أنه يقدم الأرش إذا رد بعيب، وفرَّقَ أن البِناء يمكن أن يعاد كما كان، والثوب لا يمكن رجوعه إلىٰ ما كان البتة وهذا ضعيف لأنه لا يعود إلا بمال وقال ابن المواز: يغرم الأرش في الموضعين.

قوله: (فإن كان اليسير من الدار)(١). إن كان هذا اليسير لا مضرة عليه فيه فيجبر علىٰ ما أخذ ما يقابله من الثمن ويصح البيع، وإن كان فيه مضرة [١٨٤/ب] فيخير بين فسخ البيع وإبقائه، وهذا بخلاف غير الدور فإذا استحق اليسير فيها كان له الخيار في الفسخ كعشرة أثواب يستحق أحدها، والفَرْق أن اكتساب العقار صعب لأنها إنما تتخذ غالبا للقنية لا للتجارة، ولهذا لا يفيتها حوالة السوق.

قوله: (فهو مخير)(٢). لأن ثمن الباقي لأنه جزء من الكل أما لو كان المبيع أشياء متعددة واستحق جلها فيفسخ ولا يخير، لأن الباقي يكون ما يقابله من الثمن مجهولا فهو مثل ما وصفنا في البيوع، لأن الغالب أن كراء الشهور سواء ووجه قول الغير أن كراء الشهور يختلف في بعض المواضع بحسب الفصول كديار البحر، أيضا فإن بناء الدار ليس أول السنة كآخرها وعلىٰ هذا يكون واجب الشهور مختلفا فيجري مجرىٰ الثياب المختلفة الأثواب فلا يجوز له التماسك إلا في استحقاق اليسير الذي لا ينفسخ معه الكراء.

قوله: (فإن علم)(٣). العالم بالغصب في ذلك غاصب.

قوله: (علىٰ أيهما شاء)(٣). لأن كليهما غاصب.

قوله: (يرجع أولا بالغلة علىٰ الغاصب)(٣). هذا المَذْهَبُ، لتصح هبته،

---

(١) التهذيب (٤/١٠٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٠٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٠٩).

وقال أشهب: هو مخير في أيهما يرجع عليه، لأن الموهوب مباشر والغاصب مسبب. ولنا قول ثالث أنه يرجع أبدا على المباشر.

قوله: (رجع بها على الموهوب)[(١)]. ولا يرجع بذلك على الواهب كما لا يرجع الواهب على الموهوب أيضا إذا رجع عليه المستحق، وإن كانا معسرين فعلى أولهما يسرا.

قوله: (فعلى ما ذكرنا)[(١)]. والخلاف كالخلاف.

قوله: (فاستغلها ولده)[(١)]. أي وعلم أن أباه غاصب.

قوله: (فالموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالا)[(١)]. مع كونه أجنبيا فهو أولى بأن يرجع عليه.

قوله: (ولا يوضع ذلك عنه لأنه اشتراه)[(٢)]. أي لا يكون الشراء بشبهة له في سقوط ذلك عنه لأنه باشر إتلافه بنفسه بخلاف ما إذا تلف عنده بأمر من الله.

قوله: (كان من وهبه غاصب فاستغل أحرى أن يرد)[(٣)]. لأن الموهوب أخذ ذلك بغير يمين والمشتري أخذه بثمن.

قوله: (فلربه إذا استحقه أخذ قيمة ما عمل)[(٣)]. لأنه منفعة عنده وما وهب ماله.

قوله: (بِبَيِّنةٍ)[(٤)]. لأن ما يغاب عليه يتهم أنه أخفاه فإذا تبين أنه ليس كذلك سقط الضمان.

---

(١) التهذيب (٤/١٠٩).

(٢) في التهذيب «ولا يضع ذلك عنه أنه اشتراه» (٤/١١٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/١١٠).

(٤) في التهذيب «بينة» (٤/١١٠).




قوله: (بخلاف الغاصب)[١]. لأنه ضامن بالإحالة بوضع اليد، لا للتهمة.

قوله: (لرجع المستحق بالغلة على الموهوب)[٢]. فرق بين المبتاع من الغاصب لا يعلم أنه غاصب وبين من وهبه الغاصب لا يعلم أنه غاصب، لأن المبتاع له الخراج بالضمان، والموهوب لم يدفع في ذلك ثمنا فلم يكن ضامنا له. فإذا كان الغاصب موسراً رجع المالك عليه بالغلّة لتصح هبته لأنها معروف حتى يكثر المعروف بين الناس، ولم يرجع هو على الموهوب بشيء لأنه الذي سلطه على ذلك. وإن كان معسرا رجع على الموهوب لأنه المباشر، ولم يرجع بذلك الموهوب على الغاصب لأنه إنما وهبه غير معين ما ليس له.

قوله: (ويكون للموهوب قيمة علاجه وعمله)[٢]. لأنه قام عن المالك بذلك.

قوله: (فإنما يرجع بما دفع من العين)[٢]. أي بالدراهم لأنه إن رجع بالدنانير كان قد خرج عن يد المبتاع دراهم فأخذ دنانير وذكر صرف بتأخير فأمكن أن يتواطآ عليه، وهذا يدل على اعتبار التهم البعيدة.

قوله: (ولو دفع في الدنانير عرضا)[٢]. هذا بيع ثان.

قوله: (لم يرجع البائع)[٣]. وهو المبتاعُ أولا باع ثانيا منه عرضا بتلك الدنانير [١٨٥/أ] التي وجبت عليه، فإذا استحقت السلعة الأولى رجع البائع ثانيا على البائع الأول بالدنانير ثمن العرض ولا محذور في ذلك.

قوله: (ولو استحق هذا العرض من يد المبتاع ثانيا)[٤]. أي دون السلعة

---

(١) التهذيب (٤/١١٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١١١).

(٣) في التهذيب «لم يرجع على البائع» (٤/١١١).

(٤) في التهذيب «ولو استحق هذا العرض من يد البائع» (٤/١١١).

الأولىٰ لم يرجع علىٰ البائع ثانيا إلا بالدنانير التي كانت في مقابلة السلعة الأولىٰ.

قوله: **(ولا ما نقصها)**(١). وقال فيما إذا ردها بعيب أنه يردها وما نقصها، والفَرْق أن في الأولىٰ بالخيار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن أوْ لا يجيز فيأخذها دون أَرْش العيب، والبائع في الثانية لا خيار له، إنما الخيار للمبتاع بين أن يمكنها بالعيب أو يردها بالأرش.

قوله: **(أخذها إن شاء مع قيمة ولدها)**(١). وقيل: يأخذ قيمتها. وقيل: يأخذ قيمة الأم فقط.

قوله: **(يوم الحكم)**(١). لأنه حين يمنعه منه، وقيل: يوم الولادة قاله المغيرة، يبني عليه أنه إن مات قبل الحكم فلا شيء له علىٰ المذهب، وكان القياس أن يأخذ الولد مع الأم لأن الولد لمن له الأم، إلا أن الإجماع علىٰ أن الولد في هذا النوع حر، لأنه وطءٌ بشبهة، وإنما دخل الواطئ علىٰ حرية ولده وإذا كان للولد مال فهل يقوم بماله أو دون ماله؟ قولان، وأما قيمة الأم فيوم الحمل، وقيل يوم الوطء وقيل ليس بخلاف ولكن إن كان وطئا واحدا فيوم الحمل يوم الوطء وإن تعدد فيوم الحمل.

قوله: **(لأن في ذلك ضررا علىٰ المبتاع وعلىٰ الوالد باسترقاق أمه)**(٢). وهذه النازلة بعينها طرأت لمالك في أم ولده إبراهيم، فأفتىٰ الفقهاء بالمدينة بأخذ قيمتها.

قوله: **(فإن أخذت الأمة رجع بالثمن)**(٣). وكذلك إن أخذت منه قيمتها.

---

(١) التهذيب (٤/١١١).

(٢) في التهذيب «لأن في ذلك ضررا علىٰ المبتاع، ويأخذ قيمة الولد أيضا يومئذ» (٤/١١٢).

(٣) في التهذيب «فإن أخذت الأمة من المبتاع علىٰ أحد قولي مالك رجع بالثمن» (٤/١١٢).

قوله: (ولا يرجع بما أدى من قيمة الولد)[1]. أي ألا يقال إن البائع كان السبب في ذلك لأنه بوطئه إياها كان ذلك.

قوله: (كما لو باع من رجل عبدا سارقا ودلس له فيه)[2]. لأنه يقول: وَلِمَ أَمَّنته أنت حتى سرق لك.

قوله: (لم يضمن البائعُ ذلك)[3]. لكن يتبع العبد بذلك في ذمته إن رده عل بائعه بعيب السرقة، وإن لم يدلس البائع بذلك لم يرجع بذلك على أحد، ولكن إن شاء أمسكه بذلك العيب أو رده.

قوله: (فإن كان الولد مليا أدى القيمة)[3]. هذا يدلُّ على أن الولد لا يقوم بماله، لأنه لو كان ماله للمستحق لم يدفع منه قيمة الولد له.

قوله: (ولا يرجع بها على أبيه)[4]. لأن ذلك في حق الولد ولأجل حريته.

قوله: (ولا يرجع به الأب على الولد)[5]. لأن ذلك إنما كان بوطئه الأمةَ، وليس للولد شيء في ذلك.

قوله: (لا شيء على الابن من قيمة نفسه)[6]. لأن الإجماع على حريته وليس بيده في ذلك شيء.

قوله: (وليس للمستحق فيمن مات من الولد قيمة)[6]. لأنها إنما تجب القيمة

---

(١) التهذيب (٤/١١٢).
(٢) في التهذيب «ودلس له به» (٤/١١٢).
(٣) المصدر نفسه (٤/١١٢).
(٤) في التهذيب «ثم لا يرجع بها على أبيه» (٤/١١٢).
(٥) المصدر نفسه (٤/١١٢).
(٦) المصدر نفسه (٤/١١٣).




بالحكم، وعلىٰ قول المغيرة: تجب عليه قيمة من مات لأنها وجبت يوم الولادة.

قوله: (وفي الغرّة)(١). يعني إذا ضربَ بطنَ أمةٍ ضاربٌ (.)(٢) جنينا ففيه الغرة بالإجماع كما في جنين الحُرّة.

قوله: (ولا يضع القصاص استحقاقها)(٣). أي لا يقال إنها لما استحقت صارت أمة فولدها بمنزلتها، فيكون عشر قيمتها كجنين الأمة لا الغرة كجنين الحرة.

قوله: (فدِيّتُه كاملة للأب)(٤). لأنه حر.

قوله: (وعليه الأقل)(٥). قال أشهب: ليس عليه شيء لأن الولد قتل قبل الحكم كما لو مات قبل الحكم، وفرق المذهب فيهما لأنه في القتل أخذ السيد فيه الدّية وبسببه وفي الموت لم يأخذ فيه شيئا، فإن كانت القيمة أقل من الدية كان الزايد [١٨٥/ب] للأب، وإن كانت الدية أقلّ من القيمة رجع بالفاضل المستحق علىٰ القاتل، لأنه يقول: أنتَ فوتت علي هذا الزائد، وإنما لم يكن علىٰ الأب إلا الأقل، لأنه لو كان حيا لم يلزمه إلا القيمة، إلا أنّ دية الخطأ تؤخذ منجمة في ثلاث سنين، وكذلك يدفع الآن الأقل منها علىٰ حسب ذكر التنجيم متىٰ قبض شيئا دفع ذلك.

قوله: (لم يكن علىٰ الأب فيهم قيمة)(٦). لأنه لم يأخذ بسببهم شيئا وإنما

---

(١) التهذيب (٤/ ١١٣).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن.

(٣) في التهذيب «ولا يضع القصاص عن القاتل استحقاق هذه الأمة» (٤/ ١١٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/ ١١٣).

(٥) في التهذيب «وعليه لسيد الأمة الأقل» (٤/ ١١٣).

(٦) المصدر نفسه (٤/ ١١٣).

يلزمه قيمة من هو حي يوم الحكم.

قوله: (وإن جاوزت الدية)[1]. لا يخالف في هذا أبو حنيفة لأنه حر، بخلاف قيمة العبد المقتول.

قوله: (أقطعَ اليدِ)[1]. تلزمه أولا قيمته أقطعَ ثم بعد ذلك ينظر ما بين قيمته صحيحا وقيمته أقطعَ، فما كان نظر بين ذلك وبين الأرش الذي أخذ في اليد فيلزمه الأقل بدفع ذلك للمستحق، فإن كانت دية اليد أقل رجع بالزايد المستحق على الجاني، لأنه الذي فوت ذلك عليه لجنايته، وإن كان ما بين القيمتين أقل كان الفاضل للأب.

قوله: (فأخذ الأب ديتها)[2]. فيظهر منه أن ذلك ملك للأب وليس على ظاهره بل معناه أخذها لينظر فيها لأنه محجوره.

قوله: (ثم للمستحق على الأب الأقل من الغرة ومن عشر قيمة الأم)[3]. الواجب للمستحق، فإن كانت الغرة أكثر فالفضل للأب، وأقلَّ اتبع المستحق الجاني بالفضل كما تقدم.

قوله: (فله هدمه كمن ابتاع عبدا فأعتقه)[4]. قيل: كان ينبغي أن يبدأ المستحق بأن يدفع قيمة أنقاض البناء قائمة (.) أمر الثاني يدفع قيمة الأرض براحا فإن أبيا كانا شريكين، فأجيب بأن الثاني كان غاصبا فلذلك أمر بهدم البناء، وقيل: ولا يمشي على ذلك لأنه في الغصب يبدأ رب الأرض بأن يدفع قيمة

(١) التهذيب (٤/١١٣).
(٢) في التهذيب «ما فضل من دية اليد للأب» (٤/١١٣).
(٣) في التهذيب «ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من عشر قيمة أمه» (٤/١١٤).
(٤) المصدر نفسه (٤/١١٤).




الأنقاض مقلوعة ولكن شبه المسألة بعتق العبد المستحق، والفَرْق أن القربة في العتق وقعت بذات العبد وفي المسألة إنما تفوت بالبناء والدار فلا يصح بيع البناء بوجه لأن في[1] ذلك بيع الحبس، فيلزمه أن يقلع الأنقاض ويجعلها في مسجد آخر بأقرب المواضع من هذا ويمكن أن تكون المسجد هي الدار بعينها لم يزد فيها شيئا فلذلك كان للمستحق هدمه أولا لأنه عين ذلك قربة رجع بحصته من الثمن أي ولا يبقى الباقي مبيعا بثمن مجهول، لأن البيع لم ينتقض عقد استحقاق الأقل الذي هو تابع، بخلاف العكس لأنه إذا استحق الأكثر المتبوع انتقض البيع.

قوله: (رجع بحصته من الثمن)[2]. لأنه معلوم قبل أن يرضى به فيعقد البيع فيه بثمن معلوم، وكذلك الجزء الشائع كالثلث والخمسِ معلومٌ.

قوله: (فإنما يقع لكل سلعة منها)[3]. حصته من الثمن يوم وقعت الصفقة لأن البيع صحيح، لا يوم الاستحقاق أو الرد بالعيب.

قوله: (فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة)[3]. أي لا يعتبر ما سميا لكل صُبرة حال العقد لأنهما قد يتسامحا في ذلك ويحملا صبرة على صبرة، وكذلك لا يحل للمشتري أن يعرف بأن ذلك شراء صبرة منها إلا أن يبين ذلك للذي يشتري منه ولكن يبيعه مكايسة.

قوله: (لم يجز البيع)[3]. لأنه مخاطرة لأن المبتاع يقول: لعل القمح يكون أكثر فأغبنه، والبائع يقول: لعل الشعير يكون أكثر فأغلب المبتاع. ولو قال على

(١) وقعت (في) مكررة في المتن.

(٢) التهذيب (٤/١١٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/١١٥).




أن كل قفيز من القمح بكذا ومن الشعير بكذا جاز.

قوله: (فاستحق أحدهما بحرية)[1]. هذا استحقاق شرعي أي ثبت [١٨٦/أ] أن أحدهما حر.

قوله: (فله رد الباقي)[1]. أي ولا يجوز التمسك بحصته لأن البيع قد انتقض وإنما أراد به التمسك به بالثمن كله وأما ببعضه فلا، ويعني بالوجه أن يكون قيمة الأكثر وأما إذا كان النصف فيكون الباقي معلوم الثمن فيجوز رده والتمسك به لأن ما يقابله معلوم.

قوله: (المستحق قيمته)[2]. أي الحد، لأنه إنما استحقت قيمته في الحقيقة لا هو، يعني يُقَوّم إذا رد على تقدير أنه عبد لأن الحر لا يُقَوَّم.

قوله: (وكذلك لو كان مكاتبا أو مدبرا أو أم ولد)[2]. لأنه لا يجوز بيع شيء من هؤلاء.

قوله: (على الإقرار)[3]. أي أقر له بما ادعى واشترى منه ذلك فبدا بيع فإذا استحق العرض رجع بما أقر له به أو بقيمته إن فات.

قوله: (وهو عرض أو حيوان)[3]. أي أن العقار لا يفوت بتغير الأسواق.

قوله: (على الإنكار)[3]. وذلك أن ينكره في دعواه فيلزمه اليمين فينكل عنها ثم يرجع له عوضا عن ذلك فهذا بيع في المذهبِ، والشَّافِعي يمنع ذلك، وعلى قولنا هل البيع الخصومة أو توجه اليمين؟ فإن استحق هنا العوض فإن قلنا

---

(١) التهذيب (٤/١١٥).

(٢) في التهذيب «وكذلك لو كان المستحق مكاتبا» (٤/١١٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/١١٦).




أنه عن إسقاط الخصومة مطلقا فلا يرجع عليه، لأنه قد أسقط حقه ولم يثبت له شيء، وإن قيل عن إسقاط الطلب في ذلك الوقت رجع عليه، وقيل إن بعد ما بين الصلح والاستحقاق رجع عليه، لأنه يقول لولا الصلح كانت لي بينة في ذلك الوقت وفي القذف يرجع.

قوله: (فليرجع بما دفع)[١]. وقال أشهب: لا يرجع لأن ذلك إنما كان عن رفع الطلب في الحال.

قوله: (فإنه دفع بالمائتين)[٢]. لأنه إنما أسقط عنه المائة الأخرىٰ من أجل العبد ففي الحقيقة إنما دفع له العبد عوضا من المائتين، ولا ينظر إلىٰ ظاهر كلامهما.

قوله: (فإنما وقع البيع بتلك السلعة)[٣]. أي وذِكْرُ الثمن لغوٌ، فلا ينظر إلىٰ كلامهما كذلك في المسألة الأولىٰ.

قوله: (رجع بقيمة)[٣]. القياس أن يرجع في الصلح والنكاح والخلع بقيمة ما أخرج عن يده لا بما دفع له، ولكن لما كان الصلح والنكاح والخلع يقع بين الناس علىٰ جهة المكارمة وعلىٰ غير المكايسة استحق أن يرجع بقيمة ما دفع له.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ علىٰ القياس: أنه يرجع بصداق المثل وخلع المثل، وفي الدم بالدية، ولنا: لو باع منه عبدا بعبد فاستحق أحدهما فإنه يرجع بعبده الذي خرج عن يده إن كان باقيا وبقيمته إن كان تالفا.

قوله: (وكأنهما في صفقة)[٤]. وذلك أن المعيب كأنه نقص منه جزء فدفع

---

(١) التهذيب (٤/ ١١٦).

(٢) في التهذيب «فإنه يرجع بالمائتين» (٤/ ١١٦).

(٣) المصدر نفسه (٤/ ١١٦).

(٤) المصدر نفسه (٤/ ١١٧).

له العبد الثاني في مقابلة ذلك الجزء فإن استحق أحدهما فالحكم كما لو كان في صفقة، وقال أشهب: ليس الثاني مبيعا وإنما دفعه له في مقابلة إسقاط الخصومة، فإن استحق الثاني لم يرجع عليه بشيء، وإن استحق الأول رجع عليه بجميع الثمن، وهذا على أن البيع الأول لم ينتقض بالصلح، وعلى المذهب انتقض واستأنفا بيعا آخر.

قوله: (فإنه يرجع في عبده)(١). فإنه إذا استحق المعين انتقض البيع، لأن غيره لا يقوم مقامه لتعلق الغرض بعينه، وليس كذلك غير المعين لأنه في الذمة.

قوله: (يوم الصفقة)(١). لأن البيع صحيح.

قوله: (فاستحق الثوب)(١). مثل الأولى إلا أن الفوت فيها بعتق، وفي الأولى بحوالة سوق، ويصح العين بشرط أن يكون لدافع الثوب شبهة فيه، لأنه حينئذ يكون عتقه بشبهة. [١٨٦/ب] وأما لو كان قد غصبه واشتراه العبد بطل عتقه لأنه في شبهة له.

قوله: (أو ولدت أولادا)(١). الفوت هنا بالزيادة كما تفوت بالنقص بطروّ عيبٍ.

قوله: (وإن كانت وخشا)(١). لأنه يمنع الوطء، ولتعلق غرضها بالزوج.

قوله: (إلا ومعها ما نقصها)(١). لأنه حدث عنده عيب بها وإذا اطلع على عيب قد عرف، فإن شاء أمسكها وأخر الأرش وإلا ردها وأرش الحادث عنده.

قوله: (فأحب إلي ألا يرد العتق)(٢). هذا على الوجوب، وهذا المَذْهَبُ

---

(١) التهذيب (٤/١١٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/١١٨).




كما تقدم في الخلع والنكاح والصلح، وذلك هنا من أجل تشوف الشرع للعتق.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه ينقض العتق ويرجع مكاتبا كما كان، وهو القياس أن يرجع فيما خرج عن يده.

قوله: (فالعتق ماض)[1]. الفرق أنه في هذه لم يعتقه على عوض بل الذي أخذ منه انتزاع لماله فصح العتق، وفي المكاتب لم يعتقه إلا على عوض فلما استحق العوض رجع عليه بذلك.

قوله: (فإنه يرجع في هبته)[2]. لأن هبة الثواب بيع.

قوله: (إلا أن يعوضه قيمتها)[2]. هذا بخلاف البيع، لأنه في البيع إذا استحق العوض المعين انتقض البيع ولا يلزم البائع وإن دفع له المشتري ثمنا آخر.

والفَرْق أنه في البيع انعقد على ثمن معلوم معين، وفي الهبة لم يشترط ثمنا إلا قيمتها فبقيا على ذلك الحكم.

قوله: (إنما كان تطولا)[2]. لأنهما لم يدخلا إلا على قيمة ذلك فقط.

قوله: (قبل حوالة سوقها)[3]. أي قبل أن تفوت فلمبتاعها حبس نصفها الباقي لأنه بثمن معلوم.

قوله: (فإن كان معروفا بالحرية)[4]. لأن الحرية هي الأصل في الناس، فلا يعترض على الوصي لأنه تصرف بحق ولكن يأخذ السيد من ماله ما وجد

---

(١) التهذيب (٤/١١٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/١١٩).

(٣) في التهذيب «قبل حوالة سوق» (٤/١١٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/١١٩).

قائما، وما بيع فإنما يأخذه بالثمن ويرجع على من قبض ثمنه أو دفع ما أخذ وهذا المَذْهَبُ، وهو مشكل؛ لأنه غاية ما في ذلك أن الوصي تصرف فيما ليس له التصرف فيه غلطا، والقصد والغلط في أقوال الناس سواء. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه يرجع عليه بذلك كله وهو القياس، وأما لو لم يعرف بالحرية فيرجع عليه قولا واحدا.

قوله: (ولا متولي الحج)(١). إن كان حج، أما إن لم يحج فتؤخذ منه الأجرة.

قوله: (فإن كان الشهود عدولا)(٢). لا فرق بين العدول وغيرهم في القياس، لأن ذلك كله نفذ بحكم حاكم واجتهاده.

قوله: (ترد إليه زوجته)(٢). أي ولو ولدت أولادا من غيره، بخلاف زوجة المفقود فإنها تفوت بالدخول.

والفَرْق أن الحاكم زوجها على تقدير حياة لأنه لما عمد لم يقطع بموته وهنا إنما زوجه على تقدير موت الزوج.

قوله: (فهو أحق به بالثمن)(٢). هذا المَذْهَبُ، والقول الشاذ أنه يأخذ ذلك كله بلا ثمن، لأن العمد والخطأ في أموال الغير سواء، فإن قلت: هذا كما إذا وجد متاعه في المغانم بعد القسمة فهو أحق به بالثمن، قيل: الفرق أن شبهة الكفار أقوى لأنهم يملكون بدليل أنهم لو أسلموا عليه كان لهم.

قوله: (فالسلم تام)(٣). لأن الدنانير والدراهم لا تتعين، وإنما العقد بها على ما في الذمة.

---

(١) التهذيب (٤/١١٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٢٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٢١).




قوله: (ولو أسلمت عرضا أو شيئا مما يكال أو يوزن)[1]. لأن ذوات الأمثال في هذا تتعين لتعلق الأغراض بها فيفسخ البيع باستحقاقها أوردها بعيب.

قوله: (أو مثله)[2]. أي في المكيل والموزون.

قوله: (ومن أسلف)[2]. يعني من أسلم.

قوله: (ولا ينتقض السلف)[2]. لأنه مضمون في الذمة، فإذا استحق ما قبضه صار كأنه لم يدفع له شيئا [١٨٧/أ].

قوله: (ومن ابتاع طعاما كيلا أو وزنا)[2]. يعني ما فيه حق توفية، لأن هذا لا يكون سلفه من البايع حتىٰ يقبضه، بخلاف الجزاف لأنه بالعقد قابض له.

قوله: (وليس علىٰ البايع أن يأتي بمثله)[2]. لأنه قد أنقض البيع.

قوله: (فإن كان شيئا معلوما)[3]. لأن الهبة هنا لها جزء من الثمن فلابد من كونها معلومة.

قوله: (فيرجع من الثمن بحصة السلعة)[3]. هذا علىٰ أن تكون السلعة الأقل أو النصف، ولو كانت الجل انفسخ الجميع.

قوله: (فالعبد رأس المال)[3]. أي المدفوع حالا في ذلك هو الثمن، وهو رأس مال السّلم، وسواء قال: أبيعك أو أشتري منك.

قوله: (ويرجع علىٰ البائع بنصف الثمن)[3]. لأن النصف معلوم.

---

(١) في التهذيب «ولو أسلمت عرضاً، أو حيواناً، أو رقيقاً، أو شيئاً مما يكال أو يوزن» (٤/١٢١).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٢١).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٢٢).

قوله: (ورجع بقيمة ما استحق)[1]. هذا مشكل، لأن القاعدة: إذا استحق المعين انتقض البيع، فكان ينبغي هنا أن يفسخ من الفرس ما يقابل المستحق من الثوبين كالربع مثلا وتبقىٰ له ثلاثة أرباع الفرس. ثم قوله «رفع قيمة ما استحق» مشكل من جهة أخرىٰ: وذلك أنه في البيع إنما يرجع البائع فيما خرج عن يده لا فيما دفع له إلا في النكاح والخلع والصلح لما تقدم. ولو أسلم ثوبين متكافئين في فرسين متماثلين فاستحق أحد الثوبين انفسخ السّلمُ في أحد الفرسين، فإن قلتَ: الثوب منها إنما يقابله نصف هذا الفرس ونصف الفرس الآخر فكان ينبغي أن يفسخ ذلك، فيقول: لما كان من نوع واحد جمع النصفان في فرس واحد، كما لو أسلم له في نصف فرس، ثم في نصف فرس أخذ نصفه الأول فإنه يجمعهما له في فرس واحد، وإذا احتيج إلىٰ تقويم شيء من السلم فإنما يقوم علىٰ أنه لأَجَلِهِ المضروب له، وإن كان التقويم بعد انقضاء الأجل.



(١) في التهذيب «ورجع بقيمته» (٤/١٢٢).

كتاب الشفعة(١)

وهي من الشَّفْع خلاف الوتر، لأنها بها يصير حظه حظين، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: ٨٥] أي يَزِدْ، أو من الشفاعة لأنهم كانوا في الجاهلية إذا دخل أجنبي بالشراء في ملك مشاع استشفع له حتىٰ يترك ذلك الإضرار، فسمي الآخذ بالشُّفْعَة في الشرع شفيعاً كأنه يشفع لنفسه بما جعل له من ذلك الشرع.

والأصل فيها قوله ﷺ: «الشُّفْعَة فِيما لمْ يُقْسَمْ؛ فَإِذَا ضُرِبَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»(٢)، فدل علىٰ أن الشُّفْعَة إنما تكون فيما يصح قسمَتُه، وفيه دليلٌ علىٰ ألاَّ شفعة للجار خلافا لأبي حنيفة، لأنه بضرب الحدود يصير الشريك جارا، ولأنه لا ضرر عليه بالجوار. ولا حجة [له في](٣) قوله ﷺ: «الجارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»(٤) لأنه لفظ مشترك، وهو عندنا يراد به الشريك. وأجمع العلماء علىٰ صحة الشُّفْعَة في الجملة، ولنا سببان: إزالة الضرر، والثاني تعذر القسمة.

(١) ما ساقه هنا من الأدلة عن أصل الشُّفْعَة قريب مما هو في الذخيرة. (٢٦١/٧).

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ عن أنس، كتاب الشُّفْعَة، دون باب، بلفظ «الشُّفْعَة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» رقم ٢٣٧١. والبخاري في صحيحه كتاب الشُّفْعَة، باب الشُّفْعَة فيما لم يقسم، ولفظه: «قضىٰ رسول الله ﷺ بالشُّفْعَة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة».

(٣) ما بين المعقوفين مبتور في الأصل، وأثبته لأنه ظاهر.

(٤) الحديث رواه مالك في الموطأ، في أول كتاب الشُّفْعَة، حديث رقم ٨٥٦. والبخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب احتيال العامل ليهدىٰ له. ورواه أحمد في مسنده، الملحق المستدرك من مسند الأنصار، حديث أبي رافع ٧١١٨٠.




ولنا في القسمة قولان:

أحدهما: أنه يعتبر فيها أن تكون الأقسام على حد ما (..) كالدار تصير دورا.

والثاني: لا يعتبر ذلك. فعلى الأول لا يصح قسمة الحمّام، وهو قول ابن القاسم، فلا تصح فيه الشُّفْعَة لأنها فيما يقسم(١).

ثم الشُّفْعَة على خلاف الدليل، لأن فيها إخراج الملك عن المالك جبرا فكان الأصل ألا تجوز لولا معارضة أصل آخر، وهو إزالة الضرر، لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»(٢).

قوله: (فباع المسلم من مسلم أو ذمي)(٣). أما من مسلم فتجب للذمي الشُّفْعَة لأنه حكم بين مسلم وكافر، فيجب على الحاكم الحكم بينهما بحكم المسلمين من الأخذ بالشُّفْعَة.

وأما من [١٨٧/ب] ذمي فقولان: فإن نظر إلى أنه تنزَّلَ الذميُّ الشريكُ منزلة المسلم البائع، وقد انتزع من المسلم فأحرى أن ينتزع من الكافر، وإن نظرنا إلى أنه حكم بين كافرين فلا حكم لنا فيه إلا أن يترافقوا إلينا، فيكون الحاكم مخيرا في الحكم بينهما، وإذا حكم فإنه يحكم بالأخذ منه بالشُّفْعَة لأنه حكم المسلمين، فإن كان باع منه بما يصح للمسلم تملكه فلا كلام، وإن باع منه بخمر أو خنزير فقولان، بناء على أن: من أتلف لذمي خمرا فهل يغرم له قيمتها أولا قيمة لها لأنها ليست بملك؟ فقال ابن القاسم: يغرم له قيمتها، فعليه يشفع هنا بقيمة ذلك عندهم. وقال ابن الماجشون: لا يغرم قيمة ذلك، فعليه يشفع بقيمة

---

(١) انظر التوضيح (٦/٥٧٢).

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، باب الحكرة.

(٣) في التهذيب «فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي» (٤/١٢٥).




الشقص لتعدد الثمن. أما لو باع الذمي نصيبه فالمسلم يأخذ بالشُّفْعَة قولا واحدا.

قوله: (**والآخر لأب**)[١]. أي هم أبناء العَلاّت[٢]، وإخوة لعلات، أي أمهاتهم مختلفة.

قوله: (**إذ بالبنوة ورثوا**)[٣]. أي ليس أحدهم أقعد بالميت لاستوائهم فيها وثوابه من البنوة، وهذا على المذهب من أنه إذا باع بعض أهل سهم واحد فباقيهم أحق بالشُّفْعَة من سائر الورثة كانوا ذوي سهام أو عصبة، ووجهه ألا يدخل عليه في ذلك السهم غيرهم بوجه كما اختصوا به أوَّلاً في الميراث، فمن اشترى مِن بعضِهِم وليس منهم شيئا من ذلك السهم كان من سائر الورثة أو أجنبيا جعل لباقيهم إخراجه بالشُّفْعَة حتى يبقى ذلك السهم لمن ورثه أو بعضهم لاتِّفاقهم في السبب الذي ورثوا به، بخلاف الأجانب لاستوائهم في سبب الملك وهو الشراء.

قوله: (**فبقية ولده أشفع من أعمامهم**)[٤]. أي هؤلاء أحق بالشُّفْعَة لأنهم أهل مورث ثان.

قوله: (**فإن أسلموا**)[٥]. أي تركوا الشُّفْعَة، كان للباقين من سائر الورثة الأخذ بها، فإن تركوا صار ذلك للشركاء الأجانب.

قوله: (**مع بني أخيهم**)[٦]. أي وإن كان ذلك موروثا أحرى لأن الأولاد قد ورثوا ما كان لأبيهم من الحظ ومن حق الشُّفْعَة، لأن من مات عن حق فهو لورثته

---

(١) التهذيب (٤/١٢٥).

(٢) هم بنوا رجل واحد من أمهات شتى.

(٣) التهذيب (٤/١٢٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٢٦).

(٥) في التهذيب «فإن سلّموا» (٤/١٢٦).

(٦) المصدر نفسه (٤/١٢٦).




فصاروا في الشُّفْعَة كأبيهم.

قوله: (ولو باع أحد العصبة فالشُّفْعَة لبقية العصبة والبنات)(١). وذلك لضعف ميراث العصبة لأنهم أدىٰ لهم ما بقي، وإن لم يبق شيء فلا شيء لهم وأهل السهام لابد من توريثهم، فلذلك دخل أهل السهام علىٰ العصبة ولم تدخل العصبة عليهم، هذا المَذْهَبُ.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه يدخل العصبة علىٰ أهل السهام وبالعكس، ولا يكون للأجانب إلا إن أسلم الورثة ذلك.

ولنا قول ثالث أنهم يستوون: الورثة كلهم مع الأجانب في الشُّفْعَة لاستوائهم في الملك.

قوله: (إذ هُنَّ أهل سهم)(١). يريد أن الأخوات لهن الثلثان، فإذا كانت شقيقة وأخوان لأب فإنما لهن تمام الثلثين، بدليل أنه لو كانت شقيقتان لم يكن لهن شيء، فصار ما ورث الجميع موروثا واحدا، وكذلك لو باعت الشقيقة كان الأخوات للأب أحقَّ بالشُّفْعَة من غيرهن، وهذا المَذْهَبُ.

وقال أشهب: لا تدخل الشقيقة في مورث اللاتي للأب لأن لهن السدس، وهو غير ما للأخت وهو النصف.

قوله: (علىٰ قدر أنصبائهم)(٢). هذا المَذْهَبُ، لأنهم اشتركوا في السبب الذي يوجب الشُّفْعَة وهو الملك، فالشُّفْعَة بحسبه.

وقيل: علىٰ قدر رؤوسهم كالخلاف في كاتب الوثيقة والقاسم، وفيما إذا أعتق

(١) التهذيب (١٢٦/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٢٧/٤).




معا شريكان من شركاء في عبد فهل يقوم الباقي على الأنصباء أو الرؤوس قولان.

قوله: (ما صار له [١٨٨/أ] **من الدار)**(١). أي بحظه من الساحة فلا شفعة بينهم، أي في السَّاحة لأنها كالطريق إنما يشفع فيها بالتَّبَع وقد قسموا الدار قبل ذلك.

قوله: (في سكة أو غيرها)(١). لأن أبا حنيفة يفرق بين الجار في السكة على الاتصال، وبين أن يكون مقابلا له فلا شفعة في هذا.

قوله: (ولا بالشركة في الطريق)(١). لأنه لا شفعة فيها إلا بالتبع.

قوله: (ومن له طريق في دار)(١). أي منفعة الممر دون الرقبة، فلا شفعة، لأن المنافع لا شفعة فيها للحديث: «فَإِذا وَقَعَتِ الحُدُودُ»(٢)، ولو أجر أحد الشريكين حظه من دار فليس للشريك الآخر شفعة، لأن ذلك لا يدوم وإنما يدوم كالأرض والدور. وأجاز أشهب الشُّفْعَة في المنافع لإزالة الضرر أيضا.

قوله: (والنخل والشجر)(٣). أي بالتبع للأرض.

قوله: (ولا شفعة في دين)(٣). مثل أن يبيع دينه من رجل آخر فليس للذي عليه الدين شفعة لأن ذلك مما لا يدوم، وأما في بيع الكتابة كلها فللمكاتب الشُّفْعَة وليس ذلك في الحقيقة شفعة بل هي إزالة ضرر، وفي بيع نجم منها قولان، والفَرْق أن في بيع جميعها يحصل العتق.

قوله: (ولا حيوان)(٣). كل ما يُنقل ويُحول فلا شفعة فيه.

قوله: (إذا بنى قوم في دار)(٣). أي أحدثوا فيها بناءً فهو ملك اتفاقا.

---

(١) التهذيب (١٢٧/٤).

(٢) الحديث تقدم في أول الكتاب.

(٣) التهذيب (١٢٨/٤).




قوله: (استحسنه مالك)[1]. لأن ذلك إزالة للضرر لا شفعة، لأن الأرض ليست ملكا لهم.

قوله: (قيمة النقض)[1]. أي مقلوعا. أي انتهى الأمد أو إلى ما بقي من المدة يقوم باقيا إلى ذلك ثم يقلع وإن لم يكن له أمد، لأن الباقي إنما دخل على القلع.

قوله: (ثم باع أحدهما حصته من النقض)[1]. هذا البيع مشكل؛ لأنه لا يدري المشتري هل تكون له النقض أو الأقل من قيمته مقلوعا ومن الثمن الذي أداه فهو غرر أجازه المذهب، ومنعه أشهب. واحتج للمذهب بأنه جاز البيع في الشقص ولا يدري المبتاع هل يكون له ذلك أو ثمنه، وفرق أشهب بأن الشُّفْعَة على خلاف الأصل فلا يقاس عليها، ولأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الأول.

قوله: (فلرب الأرض أخذ ذلك)[1]. قدّم ربّ الأرض على الشريك لأنه أقوى منه، وفي الحقيقة ليست هذه شفعةً لأن ربّ الأرض ليس له في النقض شيء ولا للشريك في الأرض شيء، ولأن هذا النقض في حكم المقلوع ولا شفعة فيما يُنقل ويُحول وإذاً ذلكَ إزالةُ ضررٍ.

قوله: (ولو كان جدّ لم يأخذْ له)[2]. هذا قول مالك: أن الجد ليس كالأب في النظر في المال خلافا للشافعي.

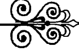
قوله: (لزمه ذلك)[3]. لأن لهؤلاء النظر له، فتركهم لذلك يلزمه لأنه على وجه المصلحة له.

---

(١) التهذيب (٤/١٢٨).

(٢) في التهذيب «ولو كان له جد لم يأخذه له» (٤/١٢٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٢٩).

قوله: (**لأن والده بمنزلته**)[1]. يعني أنه ليس كالوصي، لأنه إن فرط الوصي في ذلك لم يسقط حق الصبي، ولو فرط الأب في ذلك سقط حق الابن، وذلك لاختصاص الأب بالشُّفْعَة، والسلطان كالأب.

قوله: (**والشفيع على شفعته**)[1]. لنا قول شاذ كالمذهب عند الشَّافِعي: أن الشُّفْعَة كالرد بالعيب على الفور إن لم يرفع في الحال عند علمه وإلا قد سقطت.

قوله: (**حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ما يعلم أنه تارك**)[1]. هذا راجع إلى العرف، وقيل تسقط بعد سنة، وقيل بعد عشر سنين، وقيل لا تسقط أبدا حقه.

قوله: (**وإن كان قد كتب شهادته**)[1]. أي لا يكون ذلك تركا للشفعة لأنه يقول: أردت أن أحقق السبب الذي تجب لي به الشُّفْعَة وهو البيع. ولا تقبل شهادته [١٨٨/ب] في البيع إلا مع شاهدين فيه أو شاهد يحلف معه المبتاع، لأنه يتهم على ذلك.

قوله: (**ويحلف**)[2]. هذه يمينُ تهمةٍ فلا ترد لأن من يدعي ذلك غير محقق وفائدتها أن ينكل فتسقط الشُّفْعَة.

قوله: (**فهو كالحاضر مع الدار**)[3]. أي في موضعها لأنه لا أثر لمغيب الدار عنه.

قوله: (**ولا حجة للشفيع**)[3]. أي ليس له أن يقول لا أنقد حتى أقبض، لأن الدار لا تتعين فيجوز النقد فيها وإن كانت غائبة.

قوله: (**فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع فيه الشُّفْعَة**

---

(١) التهذيب (١٢٩/٤).
(٢) في التهذيب «وهكذا يحلف» (٤/ ١٣٠).
(٣) المصدر نفسه (٤/ ١٣٠).




للحاضر)[1]. كما لو سافر من مصر إلىٰ اليمن، وقلنا تسقط بعد السنة فإنه قد ترك الشُّفْعَة لإقدامه علىٰ ذلك بعد علمه بالبيع.

قوله: (وإذا اكترىٰ الشفيع)[2]. لأن ذلك قرينة دالة علىٰ إسقاط الشُّفْعَة إذ كان له أجره بالشُّفْعَة، وأما إذا ساومه به فكذلك، فإن ادعىٰ أنه إنما فعل ذلك رجاء أن يبيعه منه بأقل فهل يعذر أو لا؟ المذهب: لا يعذر، وقيل: يعذر فلا يسقط حقه.

قوله: (صدق المبتاع)[2]. لأن هذا يدعي عليه إخراج ملك عن يده، ولا يقال أن الشفيع غارم فالقول قوله، لأنه بعدُ لم يأخُذ بالشُّفْعَة. وكذلك لا يقال أن المبتاع بائع والشفيعُ مُشترٍ، وإذا اختلف المتبايعان فالقول للبائع لذلك أيضا قوله: القول له.

قوله: (إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك)[3]. أن يكون المشتري ملكا له رغبةٌ في ذلك فيصدق في زيادة الثمن إن أتىٰ بما يشبه، وكذلك قد يرغب الناس في جواره ابتغاء عطائه، فيزاد في ذلك فإن لم يأت المبتاع بما يشبه كان القول قول الشفيع إن أتىٰ بما يشبه، فإن لم يأت بما يشبه تحالفا، وقيل للشفيع: إن أردتَ فاشفَعْ بما قال أو أُترك. أو ينظر إلىٰ قيمة ذلك الشخص بالعدل فيأخذ بها إن أحب.

قوله: (وتكافأت في العدالة)[3]. سقطتا وصارا كمن لا بينة لهما فيكون الأمر علىٰ ما تقدم، والترجيح عندنا بوصف العدالة لا بالعدد، ولا يغلب شهادة من شهد بالزيادة كما في الإقرار لأن البيع إنما وقع مرة فمعلوم أن أحد الشهادتين باطلة، وفي الإقرار يمكن أن يكونا معاملتين فالذي شهد بالزائد قد يشهد بالناقص.

---

(١) في التهذيب «فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع في مثله شفعة الحاضر» (٤/١٣٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٣١).




قوله: (وعهدة الشفيع على المبتاع)[١]. لأنه بائع في الحقيقة وإن كان مجبورا، وقال الشَّافِعي على البائع الأول لأن الشُّفْعَة تنزع من المبتاع لا مشترٍ، لأن البيع لا يكون جبرا، وهي كذلك عندنا في بعض المواضع، فمن ذلك أن يشتري العامل في القراض من مال القراض شقصا له فيه الشُّفْعَة فلا يرجع بالعهدة على رب المال لأنه لم يشتر ولا يمكن أن يرجع بها على نفسه بل على البائع، وكذلك لو كانت الشُّفْعَة لرب المال فلا يرجع بالعهدة على العامل لأنه اشترى بماله.

قوله: (وإليه يدفع الثمن)[١]. [وأي][٢] والعهدة أبدا في البيع على من يقبض الثمن.

قوله: (كان قد قبض الثمن أو لا)[٣]. يعني إذا باع بالحالّ، وأما إن باع بالمؤجل فلا يأخذ الشفيع إلا بالمؤجل لأن الشُّفْعَة إنما هي بمثل الثمن وعلى صفته، وإلا فهي بيع حقيقيٌّ لا شفعَةٌ.

قوله: (نظر الحاكم)[٤]. أي يحكم على الغائب بإمضاء الشُّفْعَة عليه، وللبايع بإنصافه من الثمن الذي له على الغائب، فيدفع له الثمن الذي يبدله الشفيع ويريه من ذلك إذا ثبت عنده البيع، إذ الحكم على الغائب كما في البيع المحقق في الدين وغيره [١٨٩/أ] جائز.

قوله: (لأنه عنه أدى)[٥]. ومنه أخذ.

قوله: (ولا شيء للغرماء)[٥]. لأن حق البايع تعلق بذمة المبتاع وتعين

(١) التهذيب (٤/١٣١).
(٢) كذا في الأصل، لعله قصد الوَأيَ بمعنى الوعد، والله اعلم.
(٣) في التهذيب «كان بائعه قد قبض الثمن أم لا» (٤/١٣١).
(٤) في التهذيب «نظر الإمام» (٤/١٣١).
(٥) المصدر نفسه (٤/١٣١).

المبيع لأنه في قبضه إلىٰ (٠) كالرهن، ولو قبضه المبتاع ثم قامت الغرماء ووجد عنده كان البائع أحق به، كمن باع من مفلس ووجد عنده عين سلعته فهو أحق بها إلا أن يدفع له الغرماء الثمن فيكونوا أولىٰ بذلك، لأنه ليس للبائع إلا الثمن، وحق الغرماء إنما تعلق بذمته فقط فكانوا أضعف.

قوله: (لو سلمها)[1]. أي لم يأخذ بالشُّفْعَة.

قوله: (بالثمن إلىٰ ذلك الأجل)[2]. لأن المراعىٰ أن يأخذ بمثل الثمن حتىٰ لا يكون بيعا ثانيا.

قوله: (إن كان مليّا)[3]. بمقدار الثمن عند الأجل، وإلا أتىٰ بضامن مليّ ولو كان المشتري غير ملي لكان له أن يقول: رضيَ بي البائعُ ولا أرضىٰ أنا بذمتك. وكذلك إن كان الشفيع مليا إلا أنه ممن يشهر بلدك فلابد من حميل، ولو اشتراه بعَرْض موصوف في الذمة إلىٰ أجل لكان للشفيع أخذه بمثل ذلك العرض إلىٰ أجله، لأن العرض الموصوف من ذوات الأمثال، وقيل: بقيمته عند الأجل، وقيل: بقيمة الدين حالاًّ.

وأما لو لم يعلم الشفيع بالبيع حتىٰ حل الأجل فهل يأخذ بالثمن مؤجلا إلىٰ مثل ذلك الأجل للتساوي المعتبر في ذلك، أو بالنقد لأنه قد حل الثمن المأخوذ به؟ قولان: بناء علىٰ القولين فيمن تزوج بصداق معجل ومؤجل ولم يدخل حتىٰ حل المؤجل؛ فهل لها المنع من نفسها حتىٰ تقبض الجميع، لأنه قد حلَّ، أوْ لَا لأنها قد رضيَت أوّلاً بتسليم نفسها بالمعجل وحده؟ والقول بأنه يأخذه بثمن مؤجل أوّلاً لأن المشتري قد انتفع بالشّقص قبل حلول الأجل.

---

(١) التهذيب (١٣١/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٣٢/٤).

قوله: (**وإن قال البائع أنا أرضى**)[1]. إنما لم يجز هذا لأنها إحالة، ومن شرطها أن يكون المحالُ به حالاً لامتناعِ الدين بالدين.

قوله: (**وإن عجل الشفيع الثمن**)[2]. أي أن تطوع بذلك وأسقط حقه من الأجل تبرعا.

قوله: (**وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار**)[2]. لأنه قد دخل على تأخير الثمن.

قوله: (**له شفيعان**)[3]. مثاله: دارٌ بين ثلاثة فيبيع أحدهم حظه من أجنبي ومسلم له أحد الشريكين، فللشريك الثاني أن يأخذ بالشُّفْعَة في الجميع لئلا يشقص على المبتاع صفقته ويدخل عليه ضرر الشركة فيه، ولا خلاف في هذه الصورة، ولو كانت بين اثنين فباع أحدهما حظه من اثنين في صفقة واحدة لم يكن للباقي أن يشفع على أحدهما دون الثاني عند ابن القسم، وأجاز ذلك أشهب لأن الصفقة تتعدد بتعدد المبتاع اتفاقا، وهل تتعدد تعدُّدَ البائع والمبيع؟ قولان. وعلل قول ابن القاسم بأنه إنما يشفع على من يشافعه، ولو باع أحد هذين المبتاعين حظه لم يدخل هذا الشريك في الشُّفْعَة عليه بل تكون لصاحبه لأنهما صارا بالشراء مشاعا كأهل سهم واحد.

قيل: وقد خالف كل واحد منهما أصله في هذه المسألة، لأن أشهب هو الذي يرى أنهما كأهل سهم واحد وكذلك أهل الوصية الواحدة عنده كأهل السهم، وليس كذلك عند ابن القاسم فكان ينبغي لأشهب أن يمنع، ولابن القاسم أن يحيز، وهذا التعليل بعد ذلك ضعيف.

(١) في التهذيب «وإن قال البائع للمبتاع أنا أرضى» (٤/١٣٢).
(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٢).
(٣) في التهذيب «لها شفيعان» (٤/١٣٢).




قوله: (فليس للمبتاع أن يقول: لا تأخذ إلا بقدر حصتك)[1]. لأن الواجب له أن يشفع في الكل فلا يرجع إلىٰ البعض إلاّ برضاه.

قوله: (ومن ابتاع شقْصا من دارَيْنِ في صفقة)[1]. يعني من رجل واحد لأنه يجوز اتفاقا أن يجمع الرجل سلعتيه في البيع في صفقة، وإن كان من شخصين [١٨٩/ب] ففيه خلاف، والمذهب أنه لا يجوز نظرا إلىٰ الجهل بثمن كل واحد، وأجاز ذلك أشهب لأن جملة الثمن معلوم والتفصيل أيضا معلوم في ثاني حال.

قوله: (فللآخر أن يأخذ)[1]. لأنه قد تعدد المبيع والشفيع، ولا ينظر إلىٰ تبعيض الصفقة لأنه دخل المشتري علىٰ ذلك، كمن اشترىٰ في صفقة فرسا وشقصا من دار له شفيعٌ، ولأنه لا يمكن أن يشفع في الشقص الآخر لأنه لا شركة له في أصله.

قوله: (من رجل أو رجال)[1]. تحتمل أن يكون الأول للأول والثاني للثاني، فيكون علىٰ الصورة الجائزة اتفاقا؛ أي تكون الأشقاص المتعددة من رجال في صفقات، إلا أنه قال في صفقة فينبغي أن يحمل في الدار الواحدة علىٰ أن لكل واحد منها جزء معلوم مساو لجزءِ الآخر فلا يضر كونها في صفقة، لأن الثمن معلوم في حظ كل واحد.

وأما في الدور فيحمل علىٰ أنه قال: بثمن اشتريت منك حظه بكذا ومنك حظه بكذا ومنك حظك بكذا، فيوجبون له إيجابا واحدا، فلما اتخذ الإيجاب والقبول سمي ذلك صفقة واحدة، وإن كان لابن القاسم قول في تجويز جمع الرجلين سلعتهما في صفقة واحدة كقول أشهب لكن ليس هو المذهب، فلا يحمل الكتاب عليه، وعلىٰ الأول يكره ابتداءً، فإذا وقع صح فيحمل ما في

(١) التهذيب (٤/١٣٢).

الكتاب علىٰ أنه وقع فصَحَّ.

قوله: (فليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يدع)[١]. لأن تشقيص الصفقة إضرارٌ بالمبتاع، فهذا أصل ابن القاسم في هذا الباب، سواء تعدد البائع أو المبتاع والمبيع أو لم يتعدد شيء من ذلك، وأجاز أشهب للشفيع أن يشفع في أي المواضع شاء لتعدد الصفقة عنده بتعدد شيء من ذلك فيصير كصفقات.

قوله: (من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في قرية)[٢]. هذا ظاهر في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع في صفقة، ويحتمل أن يريد أنه دفع فأجيز، والخلاف أيضا هنا كالتي قبلها.

قوله: (ابتاع ثلاثة من واحدٍ، أو من ثلاثة)[٣]. يصعب هنا قول ابن القاسم لتعدد المبتاع، فالصفقة في المعنىٰ صفقات، ولكن وجه قول ابن القاسم أن الصفقة الواحدة لا (.)[٤] مطلقا.

قوله: (اشترىٰ حظ ثلاثة رجال من دار)[٥]. مثل أن تكون أرباعا بينهم وبين المشتري.

قوله: (فإن أخذ الأولىٰ لم يشفع فيها مع المبتاع)[٦]. لأن الشُّفْعَة إنما تكون بشركة متقدمة علىٰ بيع المشفوع فيه، فيكون للشفيع ملك الأولىٰ والشُّفْعَة النصف.

قوله: (كان للمبتاع معه الشُّفْعَة فيها)[٧]. لأنه قبل بيعه قد كان شريكا لملك

(١) في التهذيب «فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم» (٤/ ١٣٢).
(٢) المصدر نفسه (٤/ ١٣٣).
(٣) في التهذيب «ابتاع ثلاثة ما ذكرنا من واحد، أو من ثلاثة» (٤/ ١٣٣).
(٤) غير واضح، لعله: ينقص.
(٥) المصدر نفسه (٤/ ١٣٣).
(٦) في التهذيب «فإن أخذ الأولىٰ، لم يستشفع معه فيها المبتاع» (٤/ ١٣٣).
(٧) المصدر نفسه (٤/ ١٣٣).

متقدم، فيكون للشفيع ثلاثة أثمانِ الدار، وباقيها للمبتاع، ومن باع حظه الذي يشفع به بعد أن وجبت له الشُّفْعَة فلا شفعة له، لأنه إنما يشفع بملكه الذي باع ولما خرج عن ملكه سقطت الشُّفْعَة، وقيل له ذلك لأنه إنما باع بعد وجوب الشُّفْعَة له ولم يبع ما كان وجب له من ذلك.

قوله: (ولا يضرب بما اشترى)[1]. لأنه إنما يشفع بما كان يملكه قبل بيع المشفوع فيه.

قوله: (فإنما للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع)[1]. أي ولا يلتفت إلى من أبى ذلك لأن في أخذه البعض إدخال الضرر على المبتاع بالتشقيص والشركة فيما اشترى، وإن تراضيا على شيء جاز، فإذا قدم أحد الغُيَّب قاسم الأول فيما أخذ ولا يأخذ بقدر حصته فقط، وتكون عهدته في المذهب على البائع لأن الشفيع الأول أخذ لنفسه ولغيره، فكأنه ناب عن الغُيَّب ودفع عنهم الثمن، ولأن الشُّفْعَة بيع جبري فليس بمبتاعٍ في الحقيقة. وقال أشهب: العهدةُ على الشفيع الأول لأنه [١٩٠/أ] شفيع فيما أخذ بالنظر إلى حقه ومشتر فيما زاد على حقه، وإنما جبز لإزالة الضرر.

قوله: (من ابتاع شقصا من دار وعرضا)[2]. لم يصح الأخذ بالشُّفْعَة في العرض لأنه مما لا يشفع فيه، ولا تركها في الكل لئلا يؤدي إلى هدم قاعدة الشُّفْعَة، لئلا يتوصل الناس إلى إسقاطها بأن يخلط في البيع ما لا شفعة فيه مع ما فيه الشُّفْعَة فوجب أن يشفع في الشقص، وذلك بأن يقدم العرض على حدة والشقص على حدة ثم يقسم الثمن على القيمتين ويشفع بما ناب الشقص من

---

(١) التهذيب (١٣٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٣٤/٤).

ذلك، فإن كان العرض جل الصفقة فقد سلم له جل صفقته، وإن كان العكس فالمذهب أنه لا رجوع للمبتاع على البائع بخلاف الاستحقاق، والفَرْق أنه هنا دخل على ذلك لا في الاستحقاق، وأيضا فإن الاستحقاق نادر والشُّفْعَة كثيرة، هذا المَذْهَبُ.

وقيل: يرجع عليه كما في الاستحقاق، وهل يوقع الشُّفْعَة قبل علمه بما ينوب الشقص من الثمن أو لا حتى يعلم ما ينوبه؟ المذهب أنه يجوز ذلك، بخلاف البيع لا يجوز عقده بثمن مجهول في الحال. والفَرْق أن الثمن في الشُّفْعَة معلوم على الجملة، لأنه إنما يشفع بالثمن الذي ابتاع به، وقيل: لا يوقعها حتى يعلم ما يقابل الشقص.

قوله: (يوم الصفقة)[1]. لأن البيع صحيح فبالعقد يصير المبيع في ضمان المبتاع، بخلاف الفاسد إنما يقوم إذا تلف فوجبت القيمة يوم القبض، ولو تأخر القبض عن العقد مدة لأنه أبدا على الرد، والمذهب أن الفاسد لا ينقل المِلك، وقيل: ينقله فيكون في ضمانه من وقت العقد.

قوله: (تغيرت أو لم تتغير)[2]. بخلاف الفاسد لأنه بتغيره وفوته ينتقل إلى القيمة.

قوله: (ثم ظهر أن الثمن دون ذلك)[3]. لأن له عذرا في التسليم لكثرة الثمن.

قوله: (وتحلف)[4]. هذه يمين تهمة، وقال أشهب: لا يحلف لأن يمين التهمة لا تجب عنده.

---

(١) التهذيب (٤/ ١٣٤).

(٢) في التهذيب «تغيرت الدار بسكنى أو لم تتغير» (٤/ ١٣٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/ ١٣٤).

(٤) في التهذيب «يحلف» (٤/ ١٣٤).




قوله: (ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصف)[1]. لأن له عذرا في أن يقول: لا أختار الانفراد بشركة المبتاع لكونه كثير الشر ونحو ذلك فلا أطيقه وحدي.

قوله: (ثم ظهر أنه ابتاع مع الآخر)[2]. لأنه قد يرضىٰ بشركة ذلك دون هذا فله أن يأخذ حظيهما علىٰ المذهب، وعلىٰ قول أشهب: لا يشفع في حظ الذي سلم له بل علىٰ الأجنبي الآخر.

قوله: (فإن علم الثمن قبل الأخذ لزمه)[3]. يريد أن الأخذ بالشُّفْعَة بيع وإن كان جبريا، لأن العهدة عل المشفوع عليه، والبيع من شرطه العلم بالثمن لأنه ركن فيه، ومع جهله لا يصح فتبقىٰ الشفة علىٰ الجواز.

قوله: (وإن لم يعلم به فله أن يرجع)[4]. جعل له الاختيار في الأخذ بذلك القول الأول فدل علىٰ صحة الشُّفْعَة قبل علم الثمن، لأنه لو لم يصح به كالبيع لم تكن له الشُّفْعَة إلا بعقد آخر. والفَرْق بين الشُّفْعَة والبيع أن الثمن فيها معلوم علىٰ الجملة.

قوله: (بعد البيع فلا قيام له)[5]. لأنه أسقط حقه بعد وجوبه له، بخلاف إسقاطه ذلك قبل الشراء لأنه وهب ما لم يجب له بعدُ، كهبة المرأة لضرتها لياليها فلها الرجوع، بخلاف هبتها لزوجها نفقتها هذا لا ترجع فيه، والفَرْق أنها تجد من ينفق عليها ولا تجد من (.)[6]، وقيل: يلزمه لأنه تعلق للغير حق بذلك إذا دخله

---

(١) في التهذيب «ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصيب» (٤/١٣٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٥).

(٣) في التهذيب «فإن علم بالثمن» (٤/١٣٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٣٥).

(٥) وفي التهذيب «وإذا سلم الشفيع الشُّفْعَة بعد البيع، فلا قيام له» (٤/١٣٥).

(٦) لعلها: يحضنها.




في شراء هذا الشقص بقوله، كقوله: عامل فلانا ولك عندي ما عاملته به.

قوله: (علىٰ مال أخذ جاز)(١). لأنه أسقط حقا له شرعيا في مقابلة مال وهو بيع، كقوله: أعتق عبدك علىٰ كذا وطلق زوجك علىٰ كذا.

قوله: (بطل ورد المال)(١). لأنه من أكل المال بالباطل لأنه لا يدري هل [١٩٠/ب] يبيعه الشقص أوْ لا.

قوله: (وإن قال البائع)(١). هذه المسألة من اختلاف المتبايعين في الثمن ولا اعتبار بما يقول الشفيع، وفي ذلك خمسة أقوال:

أحدها أن القول قول البائع مطلقا لأن الأصل بقاء سلعته بيده.

والثاني يتحالفان ويتفاسخان مطلقا لأن كل واحد مدعٍ مدعىً عليه، لأن المبتاع يدعي [علىٰ](٢) البائع نقل سلعته بقليل والأصل خلاف ذلك، والبائع يدعي علىٰ المبتاع تعمير ذمته بكثير والأصل خلاف ذلك، وقد تغاررا علىٰ البيع ومطلق النقل، فلما ترجح جانب كل واحد بالأصل وهو كالشاهد استويا في اليمين ويبدأ البائع، للحديث: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع وإلا تخالفا وتفاسخا»(٣)، أي فإن رضي المبتاع بما قال، وإلا تحالفا ورجعت السلعة إلىٰ أصلها من ملك بائعها إن كانت باقية، فإن فاتت وجبت القيمة إلا أن يكون أكثر من دعوىٰ البائع فيجب الثمن الذي قال، لأنه قد رضي به، وقيل: يبدأ المبتاع لأنه مدعىً عليه، وقيل: يقرع بينهما.

والثالث يتحالفان ما لم يقبضها المبتاع فالقول قوله لأنه تقوىٰ جانبه بالقبض

(١) التهذيب (٤/١٣٥).

(٢) ما بين المعقوفين مبتور من المتن، وأثبته لموافقة المعنىٰ.

(٣) الحديث تقدم تخريجه بلفظ آخر، انظر كتاب السلم الثاني.




فيقول: لولا أن ما ادعى حق ما دفعها إلي.

وقيل: ما لم يقبضها.

وقيل: ما لم يقبضها وبين بها، وقيل: ما لم يقبضها وتفوت عنده وهذا المَذْهَبُ، لأنه يصير غارما، وقد نزل طول الزمان في المذهب منزلة الفوت، لأنه تقوى جانب المبتاع فيكون القول قوله، ولا يلتفت إلى قول الشفيع حتى يستقر البيع.

قوله: (ويترادان بعد التحالف)[١]. فلو نكل المبتاع لزمته بمائتين وبها يشفع الشفيع إن اختار، وقال أشهب: بل بمائة لأن المبتاع قد اعترف أنه اشتراها بمائة، وإنما لزمته المائتان بنكوله، ووَجْه الأَوَّلِ أنه لو حلف رجعت السلعة إلى ربها وبطلت الشُّفْعَة، ونظيره لو خلص ملك شخص من غاصب ظالم بمال دفعه له ثم جاء به إلى ربه، فهل يلزمه ما دفع للغاصب لأنه لولا ما دفع له من ذلك لم يقدر ربه على ملكه، أو لا يلزمه لأنه أخذه ظلما من الدافع؟ قولان.

قوله: (وليس للشفيع أن يقول أنا آخذها بمائتين)[١]. لأن الأخذ بالشُّفْعَة إنما يكون بعد استقرار البيع فإن رضي بذلك البائع كان بيعا ثانياً لا شفعةً.

قوله: (وهي هنا على البائع)[١]. لأن البيع لم يتم ولا تكون العهدة في الشُّفْعَة إلا على المبتاع فلا شفعة.

قوله: (وأخذها الشفيع بذلك)[١]. لأن الشُّفْعَة إنما تكون بالثمن.

قوله: (إلا بعد العوض)[١]. لأنها قبل ذلك على الجواز من جهة الموهوب حتى يرضى الواهب عنها، وهبة الثواب تشبه البيع لأنها نقل ملك بعوض وتفارقه لأنها بثمن مجهول واختلف في قدر العوض، فقيل: الواهب على هبته حتى

---

(١) التهذيب (١٣٦/٤).




يرضىٰ، وقيل: يرجع إلىٰ ثواب المثل، وذلك إنما قد تكون من غني إلىٰ فقير وبالعكس، وليست هبة الغني كالعكس، وقيل إلىٰ قيمة الموهوب، ولو فاتت قبل العوض رجع إلىٰ قيمتها، فما لم يكن عوض فهي علىٰ الرد إن كانت باقية، فإذا أخذ العوض انبرمت فيأخذ حينئذ بالشُّفْعَة، والمذهب أنه يأخذ بمثل العوض إن كان من ذوات الأمثال أو بقيمته إن كان من ذوات القيم، وقال أشهب بالأقل من قيمة الشقص أو قيمة العوض، فإن كان العوض الأقل فهو الذي خرج عن يده، وإن كان الأقل قيمة الشقص قال له الشفيع: ما زدت عليه تبرع منك لا يلزمني.

قوله: (لأنه علىٰ وجه التفويض في النكاح)(١). أي إنما جازت بالقياس علىٰ نكاح التفويض، وإن كان الثمن في البيع [١٩١/أ] ركنا، لكن هبة الثواب معروف، فالجامع أن النكاح مبني علىٰ المكارمة كهذه الهبة.

قوله: (قد أجازه الناس)(١). أشار إلىٰ الإجماع.

قوله: (ثم وضع عنه البائع)(١). يشير إلىٰ ما جرت به العادة أن يكتب العقد بثمن في آخره يقال: وابراه من ذلك العدد من كذا، فهذا يمكن أن يكون منهما لأجل الشُّفْعَة وإسقاطها، فينظر إلىٰ قيمة الشقص فإن كانت دون ما سمَّياه أولا فذلك فرار من الشُّفْعَة فيأخذها الشفيع بالباقي، وإن كانت مثله ينظر إلىٰ ما أسقط فإن كان يسيرا مما جرت العادة به بين الناس بإسقاطه فيشفع بالباقي، وإن لم تجر عادة به لكثرته فذلك هبة من البائع يختص به فيشفع بالجميع، ولنا قول شاذ: إنما يشفع بالباقي لأن البيع به وقع، وهذا الإسقاط يكون في أربعة مواضع؛ الشُّفْعَة والشركة والتولية والمرابحة، ولنا قولان في كل مسألة، إلا أن المذهب في الشُّفْعَة والشركة أن الشفيع والشريك يأخذا بالباقي جبرا، وفي التولية

(١) التهذيب (٤/١٣٦).




والمرابحة لا يحاسبه إلا بالكل، والفَرْق مشكل.

قوله: (وقال في موضع آخر)[1]. هو تفسير لما تقدم وبمعناه جرت العادة في بعض المواضع أن يحط البائع للمشتري شيئا من الثمن تسهيلا عليه فهذا لا يحسب على الشفيع لأن العرف جرى به، فلم يدخلا إلا على ذلك عرفا.

قوله: (فقاسم شريكه)[1]. مثاله: أن تكون دار بين ثلاثة أحدهم غائب، وباع أحدهم حظه من أجنبي ولم يشفع الحاضر عليه بل سلم له ثم اختار القسم، فلا يخلو طالب القسم أن يكون المبتاع فلا يحكم له القاضي بذلك على الغائب، لأنه ملكه لم يستقر استقرارا تاما إذ للغائب الأخذ بالشُّفْعَة فيه وإخراجه، وإن طلبها الشريك الأصلي فللحاكم الحكم بذلك على الغائب، فإذا جاء الغائب فله نقض القسمة لأنها فرع ثبوت الشقص في ملك الأجنبي ولم يثبت بعد ثبوتا صحيحا، ويُمكِنُ إِنَّمَا فعل ذلك ليسقط الشُّفْعَة فعُوملا بنقيض المقصود.

وقيل: لا ينقض القسمة بل يشفع القادم على الأجنبي في ملكه الذي صار له بعد القسمة، لأن نقض القسمة فيه نقض الحكم وإبطال حق الشريك الأصلي من القسمة، ولأن نقضها يؤدي إلى قسمة أخرى إذا طلب الشريك الأول بالقسمة ثانيا، ووَجْه الأَوَّلِ أنه إذا لم ينقض القسمة فيودي إلى أن يصير للقادم حظان مفترقان، والنظر له أن يكون ما صار له بالشُّفْعَة مع ما كان له مجموعا.

قوله: (فللشفيع أخذه)[1]. أي يكون كالمستحق لأن هذا المبتاع بنى في أرض لا يعلم أنها تبعا له فصار كمَنْ بنى في غير أرضه بشبهة فله قيمة البناء قائما، لأنه ينافي ملكه محققا وفي الاستحقاق بنى فيما يظنه ملكه، فأقيم ظن الملك مقام تحقيقه فكان للشفيع هدم المسجد بعد دفع قيمة البناء لأن التحبيس

---

(١) التهذيب (٤/١٣٧).




لم يصادف محلا.

قوله: (كان للشفيع نقص ذلك)[1]. إن أخذ بالصفقة الأولىٰ بطلت الهبة، فإن علم الواهب أن له شفيعا فكأنه وهب له الشقص إن لم يأخذه الشفيع أو ثمنه إن أخذه فيكون الثمن للموهوب، فإن لم يعلم فليس للموهوب شيء من الثمن ولا القيمة، لأنه إنما وهبه عين الشقص لا ثمنه ولا قيمته، والغالب أن يعلم ذلك لأن من اشترىٰ شقصا فعل الشركة دخل، إلا في صورة مثل إن يهب دارا أو نصفها ثم يستحق نصفها فإن رضي الأول شريكا صحت الهبة وصار الأول شريكا أصليا وهب، ولنا في [١٩١/ب] الهبة قولان: فإن قيل أنها كالبيع فيجوز أن يشفع فيها لكن بقيمة الشقص والعهدة علىٰ الموهوب، وإلا فلا شفعة.

قوله: (فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء)[2]. لأن كل واحد شريك وفي كل صفقة سبب الآخر قائم، فإن أخذ بالأولىٰ انتزعه من يد الآخر ودفع الثمن للأول الذي أخذ به، لأن عهدته عليه ويبطل ما بعدها من الصفقات ويتراجع الباقون بعضهم علىٰ بعض حتىٰ يصل الرجوع إلىٰ الأول.

وإن أخذ بالأخرىٰ دفع للأخير ثمنه وصح كل ما قبلها، وإن أخذ بالوُسطىٰ بطل ما بعدها وصح ما قبلها، ولا يدفع أبدا الثمن إلا لمن عليه عهدته.

قوله: (وكذلك إن بيع الشقص)[2]. أي وتداولته الأملاك.

قوله: (لأنه بيع قد وجب)[3]. أي إنما وقعت الزيادة بعد تمام البيع ولم يجر بذلك عرفا، فلا يحسب الزايد علىٰ الشفيع، ولنا قول شاذ: أنه لا يشفع إلا

---

(١) في التهذيب: نقض ذلك (٤/١٣٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٣٨).




بالجميع ، لأنه قد يقول: إنما زدتُه لأني خِفتُ أن يقلعه من يدي لأنه رخيص جدا أو لكثرة شره ، فصارت الزيادة جزءا من الثمن.

قوله: **(وتبطل الإقالة)**(١) . أن تكون لغوا وفسخا لنفسها لا لغيرها فيصح البيع الأول ، وتكون العهدة على المبتاع الذي أقاله البائع . وإنما بطلت الإقالة لأنها تؤدى إلى إبطال الشفعة ، لأنها لو جعلت هنا بيعا صحيحا لرجع الشقص إلى الشريك الأول البائع فلم يصح انتزاع الشقص منه ، سواء أخذ بالبيع الأول أو بيع الإقالة ، وهما صفقتان لأن الضرر قد زال برجوع الشقص إليه ، فلم يحدث ضرر بدخول أجنبي ولا يعتبر شريكه في جزء بخلاف إذا باع أحد الشركاء من بعضهم حظه.

قوله: **(فإن سلم الشفيع صحت الإقالة)**(١) . أي وكانت بيعا ، لأنه لا مانع حينئذ من ذلك ولا تكون الإقالة إلا بالثمن بخلاف البيع ، ولذلك تجوز الإقالة بمجرد قوله: أقيلك ، ولا تصح بمجرد قوله: بعتك ، لأن الثمن مجهول.

قوله: **(فخالعت به)**(١). فهاتان صفقتان لأن الخلع نقلُ شُفعَةٍ شرعيَّةٍ بِعوَضٍ ، فإن أخذ الشفيع بالصفقة الأولى بطلت الثانية ، فكأن الشقص استحق من يد الزوج لأن الاستحقاق الشرعي كالحسي ، فيرجع على الزوج بقيمة الشقص على المذهب إذ قد يكون في ذلك مغابنة ، وقيل: بمهر المثل لأنه أخذه في مقابلة ما كان له فيها من البضع الذي لا يباح إلا بصداق المثل. وقيل: بخلع المثل ، أي بما يختلع عرفا مثلها لمثله.

قوله: **(وإن شاء كانت عهدته على الزوج)**(١). أي يأخذ بصفقة الخلع فيأخذه بقيمة الشقص ، وقيل: بمهر المثل أو بخلع المثل. ولو تزوج الزوج بالشقص بعد أن اشتراه وأخذ الشُّفْعَة بالصفقة الأولى رجعت الزوجة على الزوج

---

(١) التهذيب (٤/١٣٨).




بقيمة الشقص أو مهر المثل قولان لا غير. ويشفع بثمن الشقص، وإن أخذ بالثانية فبقيمة الشقص أو مهر المثل.

قوله: (تلوم له)[1]. قد تقدم أن الشُّفْعَة لا تسقط إلا بعد سنة، وقيل بعد ثلاث، وقيل لا تسقط أبدا كالغائب، ومذهب الشَّافِعي سقوطها على الفور كالرد بالعيب الذي هو اتفاق. ولنا قول شاذ في الشُّفْعَة تسقط على الفور، وهذا إذا لم يوقفه المبتاع، أما إذا وقفه المبتاع وقال: إما إن تشفع أو تترك فإني لا أقدر على التصرف في ذلك بالبناء والهدم، وطلب له أن يتلوم عليه، فقيل: يتلوم عليه نحو ثلاثة أيام لا غير، وقيل: لا يتلوم بل تسقط على الفور. وأما إذا قال شفعت ولم يدفع الثمن ثم عجز عنه، فقيل يباع عليه كالمديان ويدفع البائع، [١٩٢/أ] وقيل: يخير البائع بأن يبيع ذلك عليه وبين أن يسقط شفعته ويرجع إليه الشقص ملكا، ونظير توقيف الشفيع توقيف المملّكة للطلاق على القول أنها لا تسقط ما بيدها حتى توقف أو توطأ، فإنه ما لم يوقفها فلا يسقط ما بيدها حتى يوقفها الزوج يدعي الضرر، فيحكم عليها الحاكم بإيقاع الطلاق أو إسقاط التمليك، فكذلك الشفيع إلا أن يصرح بإسقاطها أو يساوم المبتاع فيها على المذهب. وقيل: لا يسقط ذلك شفعته، لأنه قد يقول: رجوت أن أبتاعه منه بأقل من الثمن، وكذلك إن اكتراه منه فيسقط ما بيده من ذلك.

قوله: (فضمان الشقص من الشفيع)[1]. لأن الشُّفْعَة بيع وكل ما بيع منها لاحق توفية فيه فإنه في ضمان المبتاع من وقت العقد، سواء قبضه أوْ لا، إلا أن يمسكه البائع في الثمن فإنه في ضمان بائعه.

قوله: (ولك أن توكل)[2]. لأنه حق شرعي تصح النيابة فيه شرعا.

---

(١) التهذيب (٤/١٣٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٩).




قوله: (ولا يلزمك تسليم الوكيل)[1]. أي إذا وكلته على الأخذ بالشُّفْعَة خاصة فلا يجوز له الترك عنك كما لو لم تجعل له إلا تركها لم يكن له الأخذ بها إلا أن يجعل له الأخذ والترك أو يكون وكيلا (.)[2] فله ذلك.

قوله: (وإن أقر الوكيل أنك سلمتها)[3]. أي قال: منعني من الأخذ أني سمعتك سلمتها، وأما إن أسقط عنك وادعى أنك جعلت ذلك له فلا يقبل قوله، لأن ذلك شهادة على فعله وفي الأول لم يشهد على فعله.

قوله: (فإن نكل حلفت)[4]. فإن نكلت ففي الملك للمبتاع وسقطت الشُّفْعَة لأن اليمين المردودة لا ترد.

قوله: (ومن اشترى لرجل غائب)[5]. أو كان وكيلا خاصا على الشراء فقط فقد فرغت وكالته بوقوع الشراء، وإن كان مفوضا حكم عليه القاضي بأن يمكن الشفيع من الأخذ بشفعته.

قوله: (ولا يضمن المبتاع ما حدث عنده)[6]. بأمر من الله أو أحدثه هو، لأنه تصرف في ملكه، والشفيع مخير إن شاء أخذ بجميع الثمن وإلا ترك، وهذا إذا لم يعلم أن له شفيعا، وذلك في صور:

كما إذا اشترى جميع الموضع ثم استحق بعضه.

وكما إذا باع أحد الشركاء وأحدهم غائب وسلم الحاضر واقتسموا بالحكم

---

(١) التهذيب (٤/١٣٩).

(٢) كملة غير واضحة في المتن.

(٣) في التهذيب ولو أقر (٤/١٣٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٣٩).

(٥) في التهذيب «ومن اشترى شقصا من دار لرجل غائب» (٤/١٣٩).

(٦) في التهذيب «لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده» (٤/١٣٩).




على الغائب فلما جاء الغائب نقض القسمة وشفع ، وأما إذا علم بأن له شفيعا فيكون تصرفه كتصرف الغاصب لأنه متعد.

قوله: (**مع نقضه**)(١). صح أن يشفع في النقض بالتبعية لما فيه الشُّفْعَة ، وإن كان منقوضا فهو كالقائم.

قوله: (**وقيمة ما عمّر فيها**)(١). لأنه إذا كان المستحق لا يهدم البناء ولكن يؤدي قيمته قائما مع أنه انكشف أن المبتاع بنى في غير ملكه لكن ظن أنه ملكه فأقيم الظن مقام التحقيق فأحرى هنا ، لأنه بنى في ملكه محققا ، وإنما اختار القيمة لأنه قد يغير في البناء فينفق فيه كثيراً أو بالعكس ، فالقيمة أعدل.

قوله: (**إن لم يجز البيع**)(٢). إن أجازه كان له الثمن ، وصار قد باع حظه فلا شفعة له في النصف الآخر وإن لم يجزه انتقض البيع في النصف ، وهو نقض من يومه لا من يوم العقد ، فتصرُّفُ المبتاع في نصف النقض صحيح لأنه حقيقةً مِلكُه ، وكذلك في النصف [الباقي](٣) في ظاهر الأمر إذ لم يتعد لا هو ولا الذي باعه ، فلما تلف رجع إلى ثمنه لأنه بيع صحيح ، لا إلى قيمته بخلاف الفاسد ، فإن شاء أخذ الشُّفْعَة بالثمن الذي يقابله وإن كان معدوما لأن ذلك عيب قديم (.) لمبتاع على ملكه غير متعد ، فإن شاء رضي به الشفيع وإلا ترك ، ولو بنى في ذلك شيئا لزم [١٩٢/ب] الشفيع أن يؤدي له قيمة ما أنفق ولما تلفت الأنقاض عند المبتاع وتعذر الأخذ فيها بالشُّفْعَة صار البيع مشتملا على ما فيه شفعة ، وما لا شفعة فيه كدار وعَرْض فيشفع في نصف العرصَة دون الأنقاض بما يقابله من الثمن ، ويكون ثمن النقض (.) للبائع ، ويجبر في ذلك (.) الصفقة ضرورة ، وأما لو كانت

(١) التهذيب (٤/١٣٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤٠).

(٣) ما بين المعقوفين غير واضح في المتن بسبب البتر ، وأثبته هنا لأن رسم الكلمة ومعناها أقرب.




الأنقاض لم تفت عند من اشترىٰ ما لم يجز له أن يأخذ بالشُّفْعَة إلا مع الأنقاض نزع من يد مشتريها وكان لمشتري الدار أن يمنعه حتىٰ يأخذ الجميع ، لأنه لا يجوز تبعيض الصفقة .

قوله: (ولا ينظر إلىٰ ثمن ما باع منه)[1]. بل ينظر إلىٰ الثمن الأول ونصفه وهو الذي (.) ولو تعذر تقويم النقص الهالك تعذر العلم بما يقابل نصف العرصة من الثمر فسقطت الشُّفْعَة ، لأنه لابد أن يكون بثمن معلوم إلا علىٰ القول بالأخذ بالقيمة عند اختلاف الشفيع والمشفوع عليه في الثمن .

قوله: (ولا يضمن المبتاع في الوجهين)[1]. أي تلف النقص وغرم تلفه لأنه تصرف في ملكه تحقيقا .

قوله: (فإن رجع علىٰ البائع)[1]. أي أخذ البيع .

قوله: (فلم يقم عليه المبتاع)[1]. أي ولا وهب ذلك له بل بقي علىٰ طلبه .

قوله: (ثم يتبع المشتري الهادم بنصف قيمة ما هدم)[2]. لأنه تعدىٰ علىٰ ملكه في ذلك النصف فتبعه به كما يتبعه المستحق بقيمة النصف .

قوله: (اتبعه المستحق)[2]. لأنه لم يترك ذلك له .

قوله: (فلا شيء علىٰ الهادم)[2]. لأنه تصرف بما يجوز له ، لأن الشرع أباح له ذلك بخلاف ما لو أتلف في الطريق شيئا فإنه يضمنه ، وإن أذن له الشرع في التصرف في الطريق لأنه لم يأذن له في إتلاف مال الغير ويكون للمستحق الخيار في أن يصحح الهبة ويرجع بثمن نصفه علىٰ الواهب ، أو يأخذه كما هو مهدوما .

قوله: (بثمن النصف المستشفع فيه للواهب)[2]. لأنه إنما وهب الشقص

---

(١) التهذيب (٤/١٤٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤١).




ولم يعلم أن له شفيعا، فإذا عاد إليه ثمنه بالرجوع علىٰ بائعه لم يكن للموهوب بخلافه إذا علم بأنه دخل علىٰ هبة الشقص أو ثمنه وكذلك في مسألة الأمة لأنه لم يعلم، ولا عهدة علىٰ الواهب والمتصدق عليه بخلاف المبتاع لأنهما بغير عوض، والمذهب ألا شفعة في الهبة والصدقة لأن ذلك يؤدي إلىٰ إبطال المعروف، وكذلك الوصية، المجمع عليه في ذلك تجرد ملك لازم اختيارا فهذا الذي فيه الشُّفْعَة اتفاقا، فالتحديد تحرز من أن يشتري شخصان معا، واللزوم احتراز من بيع الخيار، والاختيار تحرز من الميراث لا شفعة فيه لأنه ملك جبري، إلا أن لنا قولا شاذا بالشُّفْعَة في الميراث لإزالة الضرر، ثم الهبة كالصدقة تشبه الميراث لأنه بغير عوض وتشبه البيع في نقل الملك اختيارا.

واعلم أن الإقالة[1] بيع حادث إلا في ثلاثة مواضع:

أحدها أن يبيع شقصا ثم يقيل منه، فلو كانت بيعا لزم إبطال الشُّفْعَة لأنه قد رجع بالإقالة إلىٰ مالكه الأول فلم يطرأ ضرار بالشريك من أجنبي.

والثاني أن يبيع مرابحةً بدينار ثم يشتري ذلك بدينارين ثم يقيله فيرجع إلىٰ الأول، فلو كانت الإقالة بيعا لصح له أن يعرف بالثمن الثاني وذلك لا يجوز سدا للذريعة.

والثالث أن يسلم له في عوض ثم يقيله منه فلو كانت بيعا لجاز تأخير الثمن اليوم واليومين والثلاثة كما جاز في أصل السلم، لكن لا يجوز لما فيه من الدين بالدين.

قوله: (ويفسخ البيع الفاسد)[2]. لأنه كالعدم وهو أبدا علىٰ الرد ما لم يفت

---

(١) في النسخة بخط أحمر بارز.

(٢) التهذيب (١٤٢/٤)، جاء في التهذيب: (كتاب الوصايا) وإذا شهد ولدان للميت أن أباهما=




فلا شفعة لأنها إنما تكون بعد البيع الصحيح وبالفاسد ما زال عن ملك الأول.

قوله: (فسخ بيع الشُّفْعَة)(١). لأنه مبني [١٩٣/أ] على فاسد فهو كذلك، وهو قوله: دخل مدخل المشتري، أي في الفاسد.

قوله: (لَرُدَّ البيعُ الأوّلُ والآخرُ)(٢). لأن المبيعَ بيعاً فاسدا لا يفوت بِبَيْع فاسد ثان لأنه على الرّدّ، بخلاف الصحيح يحصل به الفوت فتجبُ القيمةُ، وليس ذلك بيعا بل هو قيمة متلَفٍ وهو فسخ للبيع الأوَّلِ، لأنه لم يقض بالثمن الأول، وهذا معنى قول ملك: أن الحرام البيِّن بقيمته بعد الفوت وقبله(٣)، فإن فات عند الأول هذا الفاسد ببيعٍ صحيح، وعند الثاني لم يفت في ذاته ولا بشيء وجبت القيمة على الأول وردَّ للبايع ثمن المبيع الفاسد، وصارا كبيعين صحيحين فيلزَمُ الشفيعَ الأخذُ بالصفقة الثانية، لا بالأولى التي فيها القيمة، لأنه لو أخذ بها فسَدَ البيع الثاني الصحيح ورجعت إلى ربّها فبطلت الشُّفْعَة.

ولو فات عند الثاني جاز أن يأخذ بأي الصفقتين شاءَ، والفوت يكون بتعلق حق الغير كالبيع الصحيح ولا يتعلق بالبيع الفاسد أو بتغيره في ذاته أو في صفاته كالهدم والبناء ونقص الثمن وزيادته.

= أعتق..، وضمنه هذه المسألة وما بعدها إلى كتاب القسم، وسيأتي بعد القَسم كتاب الوصايا الأول والثاني.

(١) المصدر نفسه (١٤٢/٤).

(٢) التهذيب (١٤٢/٤).

(٣) تقرر هذا في كتاب البيوع الفاسدة عند قوله: (قال مالك ﷺ يرد الحرام البين فات أو لم يَفُت، وما كان مما كرهه الناسرُدّ إلا أنْ يفوتَ فيتركُ) انظر التهذيب. ١٥٥/٣. وفي النوادر والزيادات لابن أبي زيد: (من كتاب ابن عبدوس، قال: ومن قول مالك أنه يرد الحرام البين، فات أو لم يفت) ١٧١/٦. وقال العبدري: (قال مَالك: يُردّ الْحَرَامُ الْبَيِّن فَاتَ أَوْ لَمْ يَفُتْ. ابن يونسَ: مَعناهُ يُرَدُّ بَيعُهُ فَإِن كان قائِمًا رَدَّ عَينَ الْمَبِيعِ، وإن فاتَ رَدَّ قِيمَتَهُ ورجع بِثمنه) انظر التاج والإكليل محمد بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، المواق (ت ٨٩٧هـ) ط١/١٩٩٤. ٢٥٦/٦

قوله: (ويفيت الرَّبع)[١]. المذهب أنه لا يفوت بحوالة السوق بخلاف العروض، والفَرْق أن العروض إنما تراد غالبا للتجارة باختلاف ثمنه يبطل غرض كل واحد من المتبايعين، بخلاف الرَّبْعِ فإنه لا يُراد غالباً للتجارة بل للقنية[٢]، وقيل: أنه يفوت بذلك لأنه مبيعٌ كالعرض.

قوله: (لا أعرف أن تغَيُّرَ البناء فوتٌ)[٣]. يعني ما قلّ كشَعَثِ[٤] الجصّ وتشقُّقه، وإلا فقد قدم أن الهدم والبناء يُفيتها.

قوله: (أو طول المدة)[٥]. هذا يختلف باختلاف الأبنية، ولا يفيت حوالة السوق في الرد بالعيب، لما في ذلك من الحيْفِ على المشتري ولم يفرط، بخلاف المبتاع في البيع الفاسد قد يجمع مع البائع على ذلك وقد يكون البائع دلس عليه فكان أحق بالحمل عليه.

قوله: (حتى يدفع قيمة ما أنفق)[٦]. لأنه بنى في ملكه محققا، وإذا كان ذلك في الاستحقاق والذي بنى فيما يظنه ملكه فأحرى هنا.

قوله: (فذلك فوت)[٧]. لأنه إذا اتصل بالبيع الفاسد بيع صحيح مضى

---

(١) التهذيب (١٤٢/٤). والرَّبْعُ: الدار بعينها حيث كانت. ج: رِباعٌ وربوعٌ. انظر القاموس مادة: ربع. ص: ٦١١.

(٢) قال الدسوقي في الحاشية عند قول الدردير «إلا الدار»: (ولأنها لا تراد للتجارة بل للقنية فتسوهل فيها). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. لمحمد بن أحمد الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ). ط: دار الفكر. ١١٤/٣

(٣) التهذيب (١٤٢/٤).

(٤) تفرقه وانتشاره وخلله، في القاموس: الشَّعَثُ محرّكةً: انتشار الأمر، والتشعث التفرق والأخذُ (ص: ٨٦٦)، انظر لسان العرب. مادة: (شعث). (١٢٤/٥).

(٥) التهذيب (١٤٢/٤).

(٦) في التهذيب «حتى يدفع للبائع قيمة ما أنفق» (١٤٢/٤).

(٧) المصدر نفسه (١٤٣/٤).




بالقيمة ، لأنه بيع بشبهة بدليل صحة الوطء فيه فعمل عمل الصحة.

قوله: (وللشفيع الأخذ بثمن البيع الصحيح)[1]. ولا يأخذ بالقيمة من الأول لئَلاَّ يُبطِل ما بعد ذلك من البيع الصحيح ، وإذا بطَل زال الفوتُ ورجعت السلعة إلى الأول وبطلتِ الشُّفْعَة.

قوله: (يترادان الأَولان القيمة)[2]. أي إن كان الثمن أقل أو أكثر من قيمته ترادّا ذلك ، ولو كان البيع الأول صحيحا والثاني فاسداً ، ولم تفت عند الثاني أخذ بالصحيح لأنها فاتت عنده بالبيع وهي عل الردّ عند الثاني ، فإن فاتت عن الثاني لزمته بالقيمة وأخذ الشفيع بأيهما شاء.

قوله: (وهذا إذا لم تفت ببناء أو هدم)[3]. أي إذا كان فوته بمجرد البيع لا غير ، وأما إن فات بغير ذلك فله أن يأخذ بأي القيمتين شاء.

قوله: (وإن لم تفت بهذا)[3]. أي بالبناء والهدم بل بالبيع الصحيح لكن قبل قيام الشفيع اصطلح المتبايعان للفاسد أولا على الرجوع إلى القيمة وأحصيا ذلك بينهما ، فصار بيعا صحيحا ، وسواء كان ذلك منهما بقضاء حاكم أو بغير قضائه. فبطلانُ البيع الصحيحِ بعدُ لا يبطِلُ الشُّفْعَة.

قوله: (وقد قال ملك في المكتري)[4]. وجه القيمة أنه قد صح على تقدير هلاكها ظاهرا ولا ينقض ذلك بوجودها بعدُ ، ولا التفت إلى ما في نفس الأمر ، لأن الأحكام إنما تجري على الظاهر ، ويدل على أنه إذا قبض القيمة [١٩٣/ب] فقد

---

(١) التهذيب (٤/١٤٣).

(٢) في التهذيب: (ويتراد الأولان القيمة) ٤/١٤٣.

(٣) المصدر نفسه (٤/١٤٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٤٤).




ملكها وله التصرف فيها بما شاء ومنه ضمانها، ومحال أن يملك القيمة والمقوّم. وإذا صح البيع هنا على (.) الهلاك، فكذلك في مسألتنا وإن كانت السلعة موجودة العين عند المشتري شراء صحيحا.

قوله: (لا تجوز التولية في البيع الفاسد)[1]. لأنها إنما تكون بعد بيع صحيح، ولأن الفساد الأول يتكرر فيها لأنها إنما تكون بالثمن الأول وقد قارنه السلف فكذلك في التولية. وفي بيع السلف ثلاثة أقوال:

أنه فاسد مطلقا فبطل وإن أسقط السلف.

والثاني، وهو المذهب: إن لم تفت وأسقط السلف صح لأنه صحيح الأركان، (.) من أهله في محله وبثمن معلوم، والسلف مقارن خارج عن العقد، وإن فاتت فلا (.) الثمن من كل وجه، بل إن كان السلف من البائع فله الأقل من قيمتها أو الثمن، فإن كانت مثل الثمن فقد رضي به على أن يزيد السلف، وإن كانت أقل فليس له إلا القيمة لأنه فاسد، وإن كان من المشتري فعليه الأكثر من قيمتها أو الثمن، فإن كانت مثل الثمن فقد رضي به على أن يريد السلف، وإن كانت القيمة أكثر وجبت لأنها قيمته.

والثالث: إن قبض السلف وبان به بطل لأنه تحقق الانتفاع وإلا صحَّ إن أسقطاه.

قوله: (ولو قال: قامت علي بمائة)[1]. هذا تدليسٌ، ولنا في هذا البيع قولان: الفساد مطلقا. والمذهب إن لم تفت خيّر المبتاع في أخذها بمائة أو يردها، وإن فاتت لزمه الأقل من قيمتها أو من المائة.

---

(١) التهذيب (٤/١٤٤).




قوله: (وقيمة السلعة خمسون)[1]. أي أقل من مائة.

قوله: (فيه فضل)[1]. أي يساوي أكثر من ذلك الثمن الذي اشتراه به فليس للغرماء الاختصاص بتلك الزيادة لينقص من دينه، ولكن الشفيع أحق منهم بأن يأخذه بذلك الثمن، لأن حقَّه متعلقٌ بعين الشّقْص وحقوقهم متعلقة بذمة الغريم، ومن تعلق حقه بالعين أقوىٰ ممن تعلق حقه بالذمة. ونظيره المرتهن أحق بالرهن من الغرماء لأن حقه متعلق بعين الرهن، وكذلك العبد يجني وسيده مُفلس، فالمجني عليه أحق من الغرماء، وكذلك من باع سلعة من مفلس ووجدها بعينها.

قوله: (ولا أن يجبروه علىٰ أخذها)[1]. وإن كانت قيمة الشقص أكثر من الثمن بأضعاف، لأنه ليس عليه أن يكسب لهم وإنما تعلق حقهم بذمته، وكذلك لو وهب له هبة لم يجبره الحاكم علىٰ قبولها وليس عليه أن يتحمل منه الواهب ليبرئ ذمته منهم، ولأن سُنّة الشُّفْعَة أن يشفع لنفسه لإزالة ضرر الشركة، وفي هذا لا يستقر علىٰ ملكه ففي الحقيقة كأنه شفع لغيره، وفيه إضرار بالمبتاع للشقص.

قوله: (ولا يجوز لشفيعٍ أن يعطيَهُ الأجنبيُّ مالاً)[2]. أي زيادة علىٰ الثمن الذي يشفع به علىٰ أن يبيعه منه إذا شفع، لأنه في الحقيقة إنما يشفع لغيره، وذلك غير جائز لما فيه من الإضرار بالمبتاع وإخراج الشُّفْعَة عن سنتها، وكان الشفيع مَالاً من عنده ليأخذ أكثر منه، وهذا كالعِينَة إذا اشترىٰ له سلعة بثمن علىٰ أن يبيعها منه بأكثر، ولو دفع له ذلك ليشفع عليه فقط لم يجز لأنه أكل المال بالباطل، ولو كان له غرض شرعي في ذلك جاز مثل أن (.) بجواره.

---

(١) التهذيب (٤/١٤٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤٥).




قوله: (ولا يجوز بيعه الشقص قبل أخذه إياه بشفعته)[1]. لما في ذلك من بيع معين لا يَملكه وهو غررٌ.

قوله: (لم يقطع ذلك شفعته)[1]. لأن تمام البيع مصحح للشفعة.

قوله: (قضيت بأعدلهما)[1]. المذهب الترجيح بالعدالة، لأنها وصف في نفس الشهادة، لا بالكثرة لأنها وصف خارج [١٩٤/أ] عن ذات الشهود، ولنا قول بأن الترجيحَ بالكثرةِ مطلقا سواء كان العدد مما اعتبره الشرع في الشهادة كالأربعة في الزنىٰ أوْ لَا، لأن النظر الثابت بالأكثر أقوىٰ، وإذا تكاتبا سقطتا فيتحالفان ويتفاسخان، ومن نكل كان لصاحبه، وهذا إذا كانت الدار بيد غيرهما أو في حوزهما، أما إذا كانت في حوز أحدهما فالقول قوله، ويحلف لأنه جانبه ترجح باليَدِ.

قوله: (بما أدرَكَ من درك)[1]. معنىٰ الدرك أن يضمن له متىٰ استحقت الدار أو طرأ ظهور عيب قديم فيها، فيكون عليه ما يلزم البائع إن غاب أو فلس، وكذلك إن أخذ البائع كفيلا بما يجد في الثمن من زائِفٍ، أو إن استحق إن كان عرضا.

قوله: (لم يلزم الكفيل من قيمة البناء شيءٌ)[1]. لأمرين: أحدهما أنه لم يضمن له البناء. والثاني أنه لا يأخذه المستحق إلا بقيمته فلا حاجة إلىٰ ضمان.

قوله: (ادفع إلىٰ المبتاع قيمة ما بنىٰ وخذ قيمة دارك)[1]. فإن أبيا كانا شريكين بقدر قيمة الدار براحا وقيمة البناء قائما.

قوله: (فمصيبته من البائع)[2]. لأنه معين، وليس فيه حق توفية ولم يمسكه المبتاع عنه كما يمسك البائع السلعة في الثمن بل خلاه له فصار في قبض البائع وضمانه.

---

(١) التهذيب (٤/١٤٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤٦).




قوله: (**بقيمة العبد**)[1]. لأنه من ذوات القيم، وهل يلزم ألا يأخذ بها حتىٰ يعلم القيمة أوْ لا؟ قولان.

قوله: (**وعهدته علىٰ المبتاع**)[1]. لأنه قد انتقل الملك إليه انتقالا صحيحا، فإن استحق الشقص من الشفيع رجع علىٰ المبتاع.

قوله: (**وإن أخذ الشفيع بقيمة العبد**)[1]. هذه صورة أخرىٰ، أي إذا لم تفت بموت ولا غيره.

قوله: (**فله رَدّه**)[1]. إن اختار الردّ وجب أن يرد الشقص لكن قد فات بالبيع الصحيح فيرجع إلىٰ قيمة الشقص، وهذا مما جَرَّت إليه الأحكام أعني أخذه بالقيمة وإن لم يجز ابتداءً بيعُه بالقيمة لجهلها، كما أنه لو اشترىٰ سلعة شراء فاسدا فأكلها فتلزمه القيمة كالمتعدي عليها، وكذلك هذا مما استحقه الشرع صار كاستحقاق العين فلزمته القيمة.

قوله: (**وقد مضىٰ الشقص للشفيع**)[1]. أي لا تنتقص الشُّفْعَة لأنها انبنت علىٰ بيع صحيح، كما أن المبتاع[3] لو باع الشقص اختيارا من غير الشفيع لم ينقض ذلك البيع الثاني، لأن الشُّفْعَة بيع وإن كان جبريا فهو كالاختياري.

قوله: (**بخلاف البيع الفاسد**)[3]. لأنه لو اشتراه شراءً فاسدا لا يعلمان بفساده ثم أخذه الشفيع ثم أوجب الشرع رد البيع الفاسد بطلت الشُّفْعَة، لأنها إنما تكون مبنية علىٰ بيع صحيح ورجع الشقص إلىٰ مالكه الأول إن لم تفت عند الشفيع، وتبطل الشُّفْعَة.

قوله: (**لو رضيه البائع لهم**)[2]. أي فهو صحيح، وإنما تفاسخا لأمر خارج

---

(١) التهذيب (٤/١٤٦).

(٢) في التهذيب «ولو رضيه البائع لزمه» (٤/١٤٦).

وهو رد العبد بالعيب.

قوله: (وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع بطل البيع فلا شفعة)[1]. لأنه يرجع الشقص إلىٰ مالكه الأول قبل ترتب الشُّفْعَة عليه، بخلاف أن يستحق العبد بعد الأخذ بالشُّفْعَة، ولو أخذ بالشُّفْعَة ولم يدفع القيمة حتىٰ استحق العبد فالمذهب: أنه يشفع بقيمة العبد مطلقا.

وقال ابن الماجشون عبد الملك، وسحنون: إنما يأخذ بقيمة الشقص، لأنه تبين أن العبد لم يكن ثمنا لذلك، فعلىٰ هذا لو كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد صار بمنزلة من قَال وقد سمع أن الشقص بيع بمائة (.)[2] بالشُّفْعَة، ثم تبين أنه بيع بمائتين فيكون له الخيار ولا يلزمه ذلك الأخذ بالشُّفْعَة. [١٩٤/ب]

وقيل: إنما يشفع بالأقل من قيمتي الشقص والعبد.

قوله: (ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع)[3]. لأنه قد تكون قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد، فيقول الشفيع: أنت أخذت الشقص مثلا بمائة، وأخذ مني فيه مائتان، لأن الشُّفْعَة بيع ثانٍ.

قوله: (فسخ البيع)[4]. لأنه قد رجع الشقص إلىٰ بائعه، فإن كان الاستحقاق بعد الأخذ بالشُّفْعَة فإنه يشفع بمثل الحنطة مطلقا قبل الاستحقاق وبعده لأنه الثمن، لأنها من ذوات الأمثال، وهذا المَذْهَبُ. وقال عبد الملك وسحنون: بقيمة الشقص، لأنه تبين بالاستحقاق أن لا ثمن بينهما وعلىٰ هذا إن كانت قيمة الشقص أكثر من الحنطة يكون للشفيع الخيار ويرجع البائع للشقص علىٰ المبتاع

---

(١) التهذيب (٤/١٤٦).
(٢) بتر بمقدار حرفين.
(٣) التهذيب (٤/١٤٦).
(٤) المصدر نفسه (٤/١٤٧).




بثمن الشقص لأن الشقص قد فات بالشُّفْعَة.

قوله: (وليس علىٰ البائع أن يأتي بمثلها)[1]. لاختلافِ الأغراض في ذلك بخلاف الدنانير والدراهم؛ يريد أن الحنطة في الاستحقاق ليست من ذوات الأمثال، إنما ذلك في باب المتلفات، ولو لزمه المثل لكان مِنْ بيعتين في بيعة كأنه باع منه (.) أمثلها.

قوله: (يوم الصفقة)[1]. لأن البيع صحيح، ولأنه إنما يأخذ الشفيع بالثمن أو ما هو بمنزلته من القيمة واعتبار القيمة يوم الصفقة كالثمن، فلو قدم بعد ذلك لم يكن كالثمن.

قوله: (صُدِّقَ المبتاعُ)[1]. لأنه البائع من الشفيع وهو مقدم للحديث في اختلاف المتبايعين فالقول قول البائع إذا ادعىٰ ما يشبه، لأن ذلك يرجح جانبه فصار له كالشاهد وإن ادّعىٰ الشفيعُ أيضاً ما يشبه قدم البائع فيحلف وأخذ الشفيع بذلك إن شاء، وإن نكل قوي جانب الشفيع فيحلف علىٰ ما ادعىٰ ويأخذ بذلك، فإن انفرد أحدهما بدعوىٰ الأشبه، فالقول قوله مع يمينه، فإن ادعيا ما لا يشبه: فإن كان العرض قائماً رجع إلىٰ قيمته، وإن تلف رجعنا إلىٰ صفته، فيُقدَّم البائع فيصفه ويقوّمه أهل المعرفة علىٰ تلك الصفة، ويحلف عليها قبل التقويم، ويلزم الشفيع تلك القيمة، وإن نكل البائع عن اليمين علىٰ صفته وصفة الشفيع وحلف علىٰ ذلك، وقومت تلك الصفة ويشفع بذلك، وقد اتفقا علىٰ جنس العرض أولا وإذا اختلفا في صفته ولا يتفق في الصفة اجتماعهما علىٰ ما لا يشبه، ولو نسي البائع قدر الثمن أخذ بقيمة الشقص.

قوله: (وإذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع فتحالفا)[1]. هذا إنما يكون

(١) التهذيب (٤/١٤٧).

مع الاختلاف في الثمن والاتفاق على البيع ، لأنه حينئذ يكون كل واحد مدع مدعًى عليه ، وأما إذا اختلفا في الشراء فإنما يحلف المشتري إذا ادعاه لأنه مدع ، فإن نكل ردت على البايع ، وبالعكس يحلف البائع لأنه مدعٍ ، وإن نكل ردت على المشتري وليس في ذلك إلا يمين واحدة ، والمراد بالحديث: «إذا اختلف المتبايعان»[1] إنما هو في الثمن ، لأن (.) في ذلك يتفق.

قوله: (وليس للشفيع أن يأخذ بالشُّفْعَة)[2]. لأنه قد رجع إلى ملك البائع ، وقيل: يأخذ بالشُّفْعَة أخذا للبايع بإقراره أنه قد باعه ، فيأخذ بقيمة الشقص بنصف قيمة العبد لأن ذلك هو الذي يقابل قيمة الشقص فهو ثمنه.

قوله: (عرضا مما لا ينقسم)[3]. أي حسا كالحيوان ، أو شرعا كالخفين للضرر ، ولا شفعة في العروض لأنها مما يُنقل ويُحَوّل كانت مما ينقسم أوْ لا ، فلا معنى لذكر ذلك هنا إلا على حكم الاحتياط إذا كان (.)[4] مما كالشقة قسم بين الشريكين إذا [١٩٥/أ] أبيا البيع وإن كان فيما لا ينقسم كالقميص والعرضي واختار أحدهما البيع جبرا الثاني على أن بيع معه ، لما في بيع حظه منفردا من الضرر ، فإن رضي أحدهما بيع حظه مشاعا فقد ترك حقه ولو ساوا مشاعا من (..) بيع الكل لم يجز الشريك على البيع معه.

قوله: (فلا شفعة فيها)[5]. للحديث: «لا شفعة في بئر»[6] ، وإنما صحت

---

(١) الحديث تقدم تخريجه في السلم الثاني من مسند أحمد بلفظ: «إذا اختلف البَيِّعان ولم تكن بينة ، فالقول قولُ البائع ، أويَتَرادَّانِ البيعَ».

(٢) التهذيب (٤/١٤٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٤٨).

(٤) كلمة غير واضحة بسبب الخدش ولعلها: (العرضي).

(٥) التهذيب (٤/١٤٨).

(٦) جزء من حديث سيأتي تخريجه.




الشُّفْعَة فيها بالتبعية ، لأن من الأشياء ما لا يجوز بيعه على انفراده ويصح أن يكون تابعا كبيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ولو باع أحدهم حصته من الأرض وحدها وبقي شريكا في العين مع سائرهم ثم باع حظه من العين فيجوز لباقيهم الشُّفْعَة في ذلك لأنها تابعة لأرضهم ، وإن انفردت الشُّفْعَة في اليسير هنا.

قوله: (بالقِلْد)(١). وهي القدرُ ، وصورة ذلك أن يؤخذ قِدرٌ مثقوبة الأسفل وتجعل معلقة على ماجور كبير وتملأ بالماء من ذلك العين أو من غيرها أبدا من الفجر إلى الفجر من اليوم الثاني وينطركم ماجورا مثلا منها وكم يسع كل مأجور من رطل فيقسم عددها على فريضتهم ، فإن كانت من ستة كان جزء السهم سدس جميع الأرطال ومن أربعة وعشرين ربع سدسها ، فيأخذ قِدْرا آخر تسع من الماء بقدر ذلك الجزء (.) وتملأ ويعطى كل واحد في ما قيمته من ذلك الجزء بقدر ما له ، وإن شئت قسمت ساعات اليوم والليلة وهي أربعٌ وعشرون على الفريضة فيخرج لكل منهم قدر جريته من الماء من الساعات الزمانية من كان له سدس حصل له جرية أربع ساعات ، فيطلق العين على أرضه في كل يوم وليلة أربع ساعات.

قوله: (فاقتسما النخل خاصة)(٢). أي دون الأرض التي بينهما فقد صارت النخل مع مغارسها مقسومة وصاروا جيرانا فيها فلا شفعة فيها ، وبقي البياض مشتركا بينهم ، وإذا كانت الأرض محكورة وبقي من المدة بعضها وباع أحد الشريكين حظه ، ففي الشُّفْعَة قولان نظرا إلى أنها الآن قائمة البناء والغرس أو

---

(١) التهذيب (٤/١٤٨) ، وقال في الذخيرة: فائدة في التنبيهات القلد بكسر القاف وسكون اللام القدر الذي يقسم بها الماء قاله الأكثرون وقال ابن دريد هو الحظ من الماء يقال سقينا أرضنا قلدنا أي حظنا وقال ابن قتيبة هو سقي الزرع وقت حاجته) ٧/٢٨٥ و٦/١٦٢ و٧/٢٢٧ من الذخيرة. وانظر أيضا شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي ، ص١٠٣

(٢) في التهذيب «فاقتسما الأرض والنخل خاصة» (٤/١٤٨).

إلىٰ أنها تؤول إلىٰ القلع والتحويل لأنه علىٰ ذلك دخل، وأما بعد انقضاء المدة فقولان أيضا.

ووجه الشُّفْعَة هنا أن العرف جرىٰ بأن لا تقلع الأنقاض بل يطلب الكراء حسب.

قوله: (**فلا شفعة**)(١). لأنه كان جارا له بالنخلة ولا شركة بينهما.

قوله: (**فزرعها**)(٢). يعني الأرض كلها، ولا تتفق هذه الصورة إلا إذا اشترىٰ الأرض فزرعها ثم استحق نصفها، وهي المسألة التي بعد قوله: «ولا كراء له»، لأنه إنما زرع في ملكه ولا يجوز له أخذ الزرع بالقيمة كالبناء والغرس، لأنه مما لا يجوز بيعه علىٰ التبقية ولا يجوز أيضا هنا علىٰ القطع لما فيه من الإضرار بالمبتاع، فإن كان في أوان الزرع أي لو قلعه أمكن زرعها فلا كراء له، وإن فات ذلك فلا كراء له ويخير لأن المبتاع زرع في ملكه، ويخير بين الأخذ بالشُّفْعَة الآن في الأرض وقد حدث فيها عيب يمنع من قبضها إلىٰ أوان الحصاد، فإن رضي بذلك وإلا صبر إلىٰ الحصاد وأخذ بالشُّفْعَة، يمكن أن تكون هذه المسألة علىٰ أن أرضا كان بين ثلاثة أحدهم غائبا فباع أحد الحاضرين، وسلم الآخر واقتسموا الأرض، ثم قدم الغائب فلم ينقض القسمة وأراد الشُّفْعَة.

قوله: (**شجرا أو نخلا**)(٢). هذا كالبناء لأنه يبقىٰ ويتأبد، بخلاف الزرع لا يبقىٰ، فاحتيج إلىٰ أن يأخذه بالقيمة [١٩٥/ب] لكنه يقوم قائما لا مع المغارس، لأن في ذلك إضرار علىٰ الشفيع إذ قد أدىٰ الثمن في جميع الأرض ودخل في ذلك المغارس، وإنما (.) علىٰ أن له حق البقاء في المغارس لا مع المغارس، كما يكون لصاحب البناء الأعلىٰ الحق في بقاء بنائه علىٰ الأسفل، كذلك هنا

---

(١) التهذيب (١٤٨/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٤٩/٤).




جعل الشرع ذلك الحق لأنه دخل على أن له حق التبقية فيما بنى وغرس ولو قوم دون المغارس ودون حق التبقية صار كتقويمه منقوضا كالغاصب.

قوله: (فلا شيء له في الزرع)[١]. كما لا شيء له في البناء لو بنى فيها إلا بالقيمة، ولا يباع الزرع في تلك الحال، فينظر:

فإن قام في إبان الزرع أي إذا قدر فعله مكن زرعها فله الكراء، وإلا فلا شيء له لأن المبتاع انتفع بالأرض التي كانت في ضمانه، والخرج بالضمان[٢]، وهذا بخلاف الغاصب إذا قيم عليه في إبان الزرع كان لرب الأرض قلع الزرع.

وإن كان بعد الإبان فقولان:

أحدهما له الكراء، ولا ضرر ولا ضرار، والثاني له قلعه، وليس لعرق ظالم حق[٣].

قوله: (ولا كراء له فيما استشْفَع)[٤]. لأنه إنما تصرف المبتاع في مِلكه بخلاف النصف المستحق قد انكشف فيه أنه تصرف في ملك غيره، وبالنظر إلى النصف الذي فيه الشُّفْعَة وجده معيبا، فإن شاء أخذه بالشُّفْعَة ولا يقبضه إلى عام الزرع، وإلا ترك إلى تمامه أو [مطلقا][٥].

قوله: (فالبيع في النصف المستحق باطل)[٦]. لأنه تبَيَّنَ أنه باع ما ليس له.

قوله: (ويبطل البيع في نصف الزرع)[٧]. لأن بيع الزرع قبل بدو صلاحه

---

(١) التهذيب (٤/١٤٩).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) الحديث تقدم في أول تضمين الصناع.
(٤) التهذيب (٤/١٤٩).
(٥) ما بين المعقوفين غير واضح في الأصل، ولعل ما أثبته هو الصواب، أي: ترك مطلقا.
(٦) التهذيب (٤/١٥٠).
(٧) في التهذيب «يبطل في نصف الزرع» (٤/١٥٠).

لا يجوز بانفراده، وإنما يصح بالتبع كالتمر، ولما بطل البيع في نصف الأرض التي كان يتبعها بطل فيه لأنه صار كأنه بيع منفرد، وإذا بطل فرجع نصف الربح إلىٰ البائع، فإن كان بعد الإبان فلا كراء للمستحق فيه، لأن الخراج بالضمان، وإن كان في إبانه فله الكراء.

قوله: (ثم أبدأ الشفيع)[١]. إنما قدمه في التخيير محافظة علىٰ الشُّفْعَة أن تبطل بِرَدّ الصفقة لو بدأ المبتاعُ. وقال أشهب: بل يبدأ في التخيير المبتاعُ، لأنه قد استحق من صفقته نصفَهَا وهو كثير فلا يختار بين التزام الباقي ورده فتبطل الشُّفْعَة. ووجه هذا أن المبتاع يتضرر بكون العهدة عليه فلا فائدة، لأن الشفيع يأخذ من يده النصف الباقي، وأيضا لما صار الخيار للمبتاع بسبب الاستحقاق والشُّفْعَة لا تصح عقيب بيع الخيار حتىٰ ينبرم، فنزل أشهب الخيار الطارئ الذي جرَّت إليه الأحكام منزلة الخيار الأصلي، ولم يرَ ابن القاسم الخيار الطارئ كالأصلي، ويشهد له أنه لو وجد بالزوجة عيبا كان له الخيار في الرد والإمساك ولو عقد النكاح علىٰ الخيار لم يجز.

وقال سحنون: ينقض البيع كله لأنه قد انكشف أن البيع الأول إنما انعقد علىٰ زرع لم يبد صلاحه وذلك حرام، وإذا اشتملت الصفقة علىٰ حلال وحرام بطل جميعها.

ويرد عليه أن هذا حرام جرّت إليه الأحكام فلم يكن كالأصلي، وإنما استحق من الصفقة أكثرها أو كثيرها وهو النصف، فللمبتاع الخيار.

قوله: (ولم يكن)[٢]. أي في نصف الزرع شفعة بل يقوم نصف الأرض

---

(١) في التهذيب «ثم يبتدئ الشفيع». (٤/ ١٥٠)

(٢) التهذيب (٤/ ١٥٠).

بلا زرع فيشفع بما قابله من نصف الثمن ويبقىٰ نصف الزرع للمبتاع، فتصير الأرض كلها للشفيعِ، والزرعُ نصفُه للبايع ونصفُه للمبتاع، وصح أن ينفرد الزرع دون الأرض في ملكهما لأنه عن بيع صحيح كان، كما لو باع أرضه المزروعة [١٩٦/أ] دون الزرع.

قوله: (ثم ابتاع الزرع في صفقة أخرىٰ)(١). فيها ثلاثة أقوال، وكذلك في العقود التابعة لعقود قبلها:

هل تنزل منزلة ما هو في العقد الأول فتجوز بجوازها أوْ لَا فتبطل؟ أو يفصل بين ما قَرُبَ فيصح لأنَّه كأنَّه في العقد الأول وبين ما بَعُد فيبطل؟ والمذهب الصحة، لأن المنع معلل بتبقية الزرع في مِلْك الغير فكأنَّهُ في الحقيقة إذا باع الزرع وحدَهُ علىٰ التبقية قد جعل سَقْيَه حظًّا من الثمن وهو غرر وأكل المال بالباطل لأنه لا يَدري هل يسلم الزرع أولا فيأخذ ذلك الجزء من الثمن مجانا وقد انتفىٰ هنا ذلك المحذور لأنه يبقيه في أرضه التي اشتراها أولاً. ومن منع ذلك رآه تعبدا غير معلل.

وعكس المسألة لا يجوز أن يشتري الزرع أولاً وحده ثم يشتري الأرض بعد ذلك في صفقة ثانية، لأن البيع الأول فاسدُ العقد فلا يصح بالثاني، ولو اشترىٰ الزرع أولا علىٰ الجز، ثم لما اشترىٰ الأرض صح له أن يبقيه.

قوله: (بطل البيع في الزرع)(١). لأن التابع يبطل ببطلان المتبوع.

قوله: (ويحل محل البايع)(١). أي المبتاعُ يصير بشرائه الزرعَ كالبائِع يبقيه في أرضه.

قوله: (ثم له بيع الأرض دون الزرع)(١). أي ولا يقال هنا أن الزرع قد بقي

---

(١) التهذيب (٤/١٥٠).




في ملكه دون أرض ، فيبطل البيع كما بطل أولا .

والفَرْق أن البيع هنا صحيح وبيعه الأرض يزيده صحة ، بخلاف ما إذا استحقت الأرض .

قوله: (وإذا كان بين قوم تمر قد أزهىٰ فباع أحدهم حظه منه)(١) . في هذا ثلاثة أقوال:

المذهب: جواز الشُّفْعَة في النخل والعنب لا غير .

والثاني: لا يجوز في شيء من الثمار ولا في الزرع شفعة ، وهو القياس لأنه من المنقولات المحوّلات .

والثالث: جواز الشُّفْعَة في ذلك كله كالتفاح وسائر الفواكه ، إذا باع نخلا فيه تمر فلا خلاف في جواز الشُّفْعَة فيه بالتّبع .

ووَجْهُ المَذْهَب إزالة الضرر بشركة الأجنبي كما فعل الشرع في العرية ، وجوز بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام إلىٰ أجل ، لأجل تضرر المعري بالأجنبي ، ولئَلّا يضيق علىٰ من فعل خيرا فيمتنع الناس من فعله ، وهذا ليس بقياس لأنهما جنسان مختلفان ، وأيضا فما في العرية من ذلك رخصةٌ ولا يقاس عليها(٢) .

ونظيره: الشُّفْعَة في البناء في الأرض المحكرة مع أنه في حكم المقلوع ، وقد جوز أشهب أيضا الشُّفْعَة في الإجارة للضرر ، وكذلك جوز المذهب الشُّفْعَة في المساقاة لرفع الضرر عن العامل .

والفَرْق بين العنب والتمر وغيرهما أن هذين جرت العادة باستعمالها

---

(١) التهذيب (٤/١٥١) .

(٢) انظر الذخيرة (٧/٢٨٧) .




رطبين، وكذلك جاز بيعهما رطبين بخلاف الزرع.

قوله: (ما لم ييبس)[١]. لأنه قد زال الضرر بزوال البقاء على الثمار.

قوله: (لا يباع حتى ييبس)[١]. أي فلا شفعة فيه قبل اليبس، لأنها بيع فلا تكون إلا فيما يصح بيعه.

قوله: (لم يُؤَبّر)[١]. التأبير في النخل عبارة عن انشقاق الكيزان[٢] وإن لم تؤبَّر حقيقة، فإن لم تظهر أو كان غير مأبور فهو للمشتري بالعقد.

وإن كان مؤبراً فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاعُ فيكون كسلعة أخرى لها حظ من الثمن، فكأن البائع جمع في البيع بين سلعتين له.

والأصل في ذلك قوله ﷺ: «من باع نخلا وفيه تمر قد أبر فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[٣] مفهوم ذلك أن غير المأبور للمبتاع، وهو من مفهوم المخالفة ولنا في القول به قولان، [١٩٦/ب] ولا خلاف هنا في المذهب في القول به، وقيس عليه ما في معناه من التين والعنب وسائر الثمار.

وأبو حنيفة لا يقول بهذا المفهوم ويرى أن الثمرة وإن لم تظهر للبائع أيضا قال: لأنه يؤدي إلى إبطال القياس كقوله: «لا تبيعُوا البُرّ بالبرّ إلا مثلا بمثل»، مفهومه جواز عدم المماثلة في غير البر ولا خلاف في القول بمفهوم الموافقة، والإجماع على أن حمل الأمة للمبتاع.

وأبو حنيفة يفرق بينه وبين الثمرة، لأن الولد جزء من الأم على الحقيقة ومن جنسها بخلاف الثمرة، فإذا اشترى نخلا وفيها تمر لم يؤبر فلم يقابله حظ

---

(١) التهذيب (٤/١٥١).

(٢) الكُوزُ مُطْرُ الذُّرة. والجمع: كيزان. وكوز الذرة سنبلها.

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب التفليس.




من الثمن فيكون غلة للمشتري بالضمان، لكن يختلف حكمه، ففي البيع الفاسد إذا لم يفسخ إلىٰ أن طاب التمر أو فات عنده بعد أن طاب التمر فإنه يكون للمشتري غلة بالطيب، وكذلك في الرد بالعيب إذا لم يطلع علىٰ ذلك إلىٰ أن طاب فهو له بالضمان، لأنه قد سلطه البائع عليه في الفاسد فقوي أمره، وكذلك في العيب لو شاء أمسكه لأن البيع صحيحٌ فناسب ذلك أن يملكه بالطيب، وأما في التفليس إذا وجد البائع سلعته بعد أن وجده المبتاع فإنه يكون له غلة بالجداد لا قبل ذلك لأنه فسخ للعقد من أصله، فإنما نشأ علىٰ ملكه البائع، وأما في الشُّفْعَة فلا يكون للمبتاع إلا إذا يبس، فلا قبل ذلك؛ لأن فيه الشُّفْعَة حتىٰ إلىٰ اليبْس، وعلىٰ قول المدنيين لا شفعة فيه، وليس من المذهب، فلذلك قالوا يملكه المبتاع بالإبار لأنه بيع صحيح فالتمرة الظاهرة للبائع، وأما في الاستحقاق فقولان: لا يكون للمبتاع إلا إذا يبس لأنه اشترىٰ بشبهة فذلك له بالضمان، وقيل: حتىٰ يجذه لأنه علىٰ ملك المستحق نشأ، وأما إذا كان مؤبرا حال العقد فله حظ من الثمن، فإذا استهلكه ورد بالعيب رد قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال، ولا يمضي (.)[1] من الثمن لأن في ذلك بيع التمر قبل بدو صلاحه، وفي الشُّفْعَة يأخذه بجزء من الثمن لأن البيع صحيح، وفي التفليس يتبعه بما يقابله من الثمن يحاص به الغرماء، إذْ ليس له ما يَرُدُّ بَدَلاً منه.

قوله: (فكما ذكرنا)[2]. لأنه ما لم ييبس فلا يكون للمبتاع شيء من ذلك.

قوله: (وعليه للمبتاع قيمة ما سقىٰ)[2]. لأنه تبين أنه فعل ذلك عن غيره، وقيل: لا شيء له لأنه إنما فعل ذلك بناء علىٰ أنه لنفسه فلم يجب علىٰ المستحق وقام هو بذلك عنه.

---

(١) موضع لم أتبينه، لعله: مجرىٰ

(٢) التهذيب (٤/١٥٢).




قوله: (فليس له أخذه)[١]. أي يمنعه المبتاع من الأخذ بسبب حق عمله فإن شاء أعطاه أجرته أو أجاز البيع.

قوله: (لم يكن له في الثمرة شفعة)[١]. لأنها قد صارت غلة بالجداد في الشُّفْعَة والاستحقاق يأخذها المبتاع بالضمان.

قوله: (إذ لم يقع)[١]. إما يوم البيع حصة من الثمن، بخلاف ما لو كانت عند البيع مؤبرة فإن لها حظا من الثمن يحط ذلك عن الشفيع وكذلك في نصف الاستحقاق يرجع علىٰ المبتاع بنصف الثمن كله وان استهلك الثمرة حاسبه بذلك، ووجه قول بعض المدنيين أن المشفوع منه بائع، ومن باع نخلا فيها ثمر مؤبر فهو للبائع.

قوله: (وتكون له التمرة بالشُّفْعَة)[٢]. لأنها تابعة لأصولها.

قوله: (ما لم يجدّ فلا شفعة)[٣]. فيكون كمن ابتاع نخلا وعرضا فشفع في النخل خاصة بما قابله من الثمن، وتقوّم الثمرة يوم البيع علىٰ تقدير بقائها إلىٰ الجذاذ علىٰ أصولها، ولا تقوم علىٰ القطع لأنه لا تمر لها، ولأنه إضرارا بالشفيع، وتقوم الأصول [١٩٧/أ] بلا ثمرة، ولو جذها المبتاع قبل أن يبدو صلاحها قومت من حين البيع إلىٰ حين قطعها وحط عن الشفيع بقدر ذلك والمبتاع غير متعد لأنه تصرف في ملكه.

قوله: (لأن التمرة وقع لها حصة من الثمن)[٤]. أي هي كسلعة أخرىٰ بخلاف ما لم تكن مأبورة وجذها هذا لا يسقط عن الشفيع شيء من الثمن لأنها

---

(١) التهذيب (١٥٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٥٣/٤).

(٣) في التهذيب «ما لم تجد أو تيبس» (١٥٣/٤).

(٤) التهذيب (١٥٣/٤).




غلة أخذها المبتاع بالضمان.

قوله: (فالبائع أحق بالأصل والتمرة)[1]. لأن ذلك عين سلعته أما إن كان التمر مأبورا عند البيع فبين وإن كان غير مأبور فلا يكون غلة إلا بالجذاذ، لأنه قبل ذلك جزء من الأصول، ولما فلس المبتاع وكان البائع سلطه علىٰ أخذ البيع فكأن البيع لم ينبرم بعد وكان الثمر حدث علىٰ ملك البائع وليس كالرد بالعيب لأنه هناك يتجه أن يقال هو نقص للبيع من حينه لا من أصله، وأما هنا فمن أصله، وأما إذا جذه فيأخذه بالضمان، وقد يضمن الإنسان ما لا يملك، هذا إن لم يظهر عند البيع وإن كان مؤبرا أتبعه البائع بما يقابله من الثمن.

قوله: (بخلاف الشفيع)[1]. أي حقه في العين فلا يدفعه الغرماء عنه كما دفعوا البائع عن سلعته بدفع الثمن، لأن حقه لم يتعلق بعينها.

قوله: (بزرعها الأخضر)[1]. في بيع الزرع قبل بدو الصلاح تابعا قولان:

أحدهما: الجواز قياسا عليه في الثمرة لم يبد صلاحها.

والثاني: المنع لأنه كان الأصل ألاَّ يجوز ذلك للنهي عنه مطلقا، أعني بيع ما لم يبد صلاحه وردت الرخصة في الثمرة وبقي ما عداه علىٰ المنع، والمذهب الجواز فإذا باع الأرض بزرعها ثم استحق نصفها وقام المستحق بالشُّفْعَة في النصف الثاني أو باع حظه من الأرض بزرعها وقام الشريك بالشُّفْعَة، فلا يدخل الزرع في الشُّفْعَة لأنه كسلعة أخرىٰ غير الأرض لأنه ليس جزءا منها ولا متولد عنها وإنما هو مودوع فيها، فهو كمن باع ما فيه الشُّفْعَة وعرضا في صفقة فيقوم الزرع علىٰ غرره، أي علىٰ تقدير احتمال أن يسلم وألاَّ يسلم وتقدير أن يصح بيعه منفردا كما يقدر الحر في الجراح كأنه عبد ويقوم، والتقدير إعطاء الموجود حكم

(١) التهذيب (٤/١٥٣).




المعدوم وبالعكس، وكذلك تقدير الحرام كأنه حلال، وتقدير الأرض بلا زرع ويفض الثمن على القيمتين ويشفع في الأرض بما قابلها منه.

قوله: (لأن الزرع وقعت له حصة من الثمن)[1]. أي سواء كان ظاهرا أوْ لا وقت البيع، بخلاف الثمر غير المؤبر لا حصة له من الثمن لأنه للمبتاع بنفس العقد، بخلاف الزرع وإن يظهر حين البيع فله جزء من الثمن.

والفَرْق أنه لو لم يبذر في الأرض لم يخرج منها ولابد من خروج الثمر في الشجر، إلا أن الشفيع لو قام قبل ظهور الزرع شفع في الجميع، لأن البذر قبل ظهوره كالعدم إذ لا يجوز بيعه منفردا على حال وبعد الظهور قد يجوز على الجذ.

قوله: (كان الزرع للزارع)[2]. أي وإن لم يظهر.

قوله: (يوم الصفقة)[3]. لأن البيع صحيح.

قوله: (في هذه)[4]. أي في أن له حظا من الثمن، وفي أنه لا يدخل في البيع إلا بالشرط.

قوله: (ولم يكن للشفيع في الزرع شفعة)[5]. لأنه أجنبي من الأرض بخلاف الثمر لأنه تولد منها بغير بذر فلا يكون له منه شيء بالشُّفْعَة قام قبل يبسه أو بعده، بخلاف التمر فيه التفصيل المتقدم.

قوله: (وللشفيع نصفها)[5]. يعني إذا استحق نصف الأرض وشفع في

---

(١) التهذيب (٤/١٥٣).
(٢) في التهذيب «كان الزرع للبائع فافترقا» (٤/١٥٣).
(٣) في التهذيب «ولو كانت الثمرة يوم البيع مأبورة» (٤/١٥٤).
(٤) في التهذيب التهذيب «في أن ذلك للبائع» (٤/١٥٤).
(٥) التهذيب (٤/١٥٤).




النصف الثاني.

قوله: (فاغتلت سنين)[١]. لأن الخراج [١٩٧/ب] بالضمان.

قوله: (بعد أن صارت بواسق)[٢]. أي كما لا ينقص عن الشفيع من الثمن في النقض بالهدم والبوار، فكذلك لا يزاد عليه فيما (.) بنفسه من الشجر لكن يدفع المشتري قيمة عمله فيه.

قوله: (هل تباع مرابحة)[٢]. يعني أن بيع المرابحة أمانة ينبغي أن يعرف باستهلاك الثمرة.

قوله: (ليس في رحا الماء شفعةٌ)[٢]. يعني الحجر الأعلىٰ لأنه منقلع بخلاف الأسفل لأنه متصل بالبناء، وكذلك ما كان متصلا من أداة الرحاء. والفَرْق بين الحجر الأعلىٰ أو باب الدار أن الباب يعسر قلعه، وقيل: فيه الشُّفْعَة لأنه تابع لما يصح فيه ذلك.

قوله: (جرَّها الماء أو الدواب)[٣]. لا فرق بين أن يطحن بالماء أو الدواب.

قوله: (وفي الحمام الشُّفْعَة)[٤]. قد تقدم أن الشُّفْعَة فيما ينقسم للحديث: «الشُّفْعَة فيما لم يقسم»[٥] مفهومه نفْيُ الشُّفْعَة عمّا لا يقبل القسمة، وفي المعتبر في القسمة خلاف:

قيل: أن يكون كل قسم ينتفع به علىٰ حد الانتفاع بالكلّ، فإن كان حماما

(١) في التهذيب «فاغتلها سنينَ» (٤/١٥٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٥٤).

(٣) في التهذيب: (أجراها) ٤/١٥٥.

(٤) التهذيب (٤/١٥٥).

(٥) الحديث تقدم تخريجه.

بأن يصح جعل كل قسم حماما وإلا فلا قسمة، لأن المراد بها إزالة الضرر فلا يكون جالبة للضرر، وإذا لم تكن قسمة فلا شفعة.

وقيل: أن يكون في كل قسم ما يُنتفَعُ به في الجملة فتصح القسمة مطلقا لقوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ﴾ [النساء: ٧]، وتصح الشُّفْعَة فيما باع منه مشاعا[١].

قوله: (لا بياض لها)[٢]. أي لا أرض لها للحديث «لا شُفْعَةَ في بِئْرٍ وَلا فَحْلِ نخْلٍ»[٣].

قوله: (وإن سقا بها)[٤]. بخلاف زرع، لا أثر لذلك لأنها منفردة عن أرض تتبعها، والنهر والعين كالبئر في ذلك.

قوله: (ففيه الشُّفْعَة)[٥]. بالتبعية.

قوله: (بعد قسم الأصل)[٦]. لأنها تبقىٰ بلا أرض تتبعها.

قوله: (ولا بأس بشرب يوم أو يومين)[٧]. ينبغي أن يكون شُرب ـ بالضم ـ لأن المراد به الفعلُ، ولا يريد أنه اشترىٰ نصيبا معلوماً من الماء، بل أرادَ اشتَرَىٰ

---

(١) انظر هذه المسألة والتي قبلها في الذخيرة: فرعٌ: في الكتاب لا شفعة في رحا الماء، وعند قوله: (لا شفعة في الطاحون إلا أن تكون أحجارا تقبل القسمة، وكذلك الحمام إلا أن يمكن قسمتها حمّامين) وما بعده. ٧/٢٨٨ ـ ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٢) التهذيب (٤/١٥٥).

(٣) الحديث رواه مالك في الموطأ، كتاب الشُّفْعَة، باب ما لا تقع فيه الشُّفْعَة، ورواه البيهقي في السنن الكبرىٰ، كتاب الشُّفْعَة، باب الشُّفْعَة فيما لم يقسم.

(٤) في التهذيب «ولا شفعة في بئر لا بياض لها، ولا نخل لها وإن سُقي بها زرع أو نخل» (٤/١٥٥).

(٥) التهذيب (٤/١٥٥).

(٦) في التهذيب «بعد قسم الأصول» (٤/١٥٥).

(٧) في التهذيب «ولا بأس بشراء شرب يوم، أو شهر، أو شهرين» (٤/١٥٥).

قَدْرَ شُرب أرضه يوماً، فلو كانت العين بين قوم لكل واحد شرب يوم أو يومين فباع أحدهم حظه كان بالكسر، وإنما جاز بيع ذلك لأنه معلوم عند أهل الخبرة بذلك.

قوله: (فنقص قدر ثلث الشرب)[1]. وذلك أن يقدر من العين قدر ثلثها أو يسير اليسير ليسقي ثلث ما كان يسقي.

قوله: (كجوائح الثمار)[1]. وجهه القياس على الثمار لأن الماء به تحيى الثمره فحمل عليها، ووجه قول ابن القاسم[2] أنه كان الأصل ألا يحط عن البائع شيء إلا أنه في الثمار لما دخل المبتاع على أنه لابد من النقص بأكل الطير والهوام والعفن والفساد وذلك يختلف، ولم يدخل على فساد الكل، فحد له الشرع ما دون الثلث لأنه قليل، وفي الماء لم يدخل على نقصه وغوره لأن الغالب فيه خلاف ذلك (.)[3] أن يرجع بجميع ما يفوته منه.

قوله: (مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء)[4]. يعني إذا استأجره أن يسقي ثماره من مائة مرة فغار الماء فإنه يرجع بجميع ذلك.

قوله: (ومن باع أرضا وفيها شجر فإنه للمبتاع)[5]. إنه إذا أطلق فباع أرضا ولم يذكر الشجر التي فيها، أو بالعكس باع شجرا ولم يذكر الأرضَ، وسواء كان

---

(١) التهذيب (٤/١٥٥).

(٢) أي قوله: وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء فإنه، يوضع عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بين، وإن كان أقل من الثلث، إلا ما قل مما لا خطب له، فلا يوضع لذلك شيء) ٤/١٥٥ ـ ١٥٦.

(٣) كلمة غير واضحة

(٤) التهذيب (٤/١٥٥).

(٥) في التهذيب: ومن ابتاع أرضاً ولم يذكر شجرها، فهي داخلة في البيع كبناء الدار، إلا أن يقول البائع: أبيعك الأرض بلا شجر. (٤/١٥٦).

الشجر كثيرا أو قليلا ، فإن ذكر داخل في الصفقة.

وكذلك في الهبة والصدقة والرهن ، وكان ينبغي أن يفرق بين أن يبيع الأرض ويسكُتَ عن الشجرِ والعكسِ ، لأن الأرض محتوية على الشجر كلها وليست الشجر محتوية على جميع الأرض بل ما عدا مغارسها كان ينبغي [١٩٨/أ] ألا يدخل في البيع ، ويمكن أن يُقال: مراده إذا كان الشجر في حكم التبع كما يتبع قليل الأرض في المساقاة للثمار لأنه مغتفر ، فأجمل المؤلِّفُ. والكلامُ يجمل في غير مقصوده ويُفصّل في مقصوده.

قوله: (فأما إن كان فيها زرع)(١). فرَّق بين الشجر والزرع فلا يدخل الزرع عند الإطلاق وإن كان قليلا ، والفَرْق أن الزرع وديعة في الأرض ولم يجعل فيها إلا ليخرج إلى مدة فلم يصر له حكم الجزية من الأرضِ ، وصار كمن باع أرضاً أو دارا فيها صندوق مقلوع ، بخلاف الشجر لأنه إنما جعل فيها باعتبار الدوام له بذلك حكم الجزية من الأرض.

قوله: (فله رد بقية الارض)(١). لأنه استحق من الصفقة جلها وكثيرها ، وإن لم يكن الأكثر والأجل لأنه غير متبوع ولا تابعٍ.

قوله: (قبل تغير سوق العبد)(١). أي قبل فوته بذلك فصاعداً ، فإن فات فإنه يمضي بقيمة يوم العقد لأن البيع كان صحيحاً.

قوله: (وعهدته على المبتاع)(١). هذا يدل على تقديم تخير الشفيع في الأخذ بالشُّفْعَة على تخير المبتاع في الرجوع ، وهو المذهب لئلا يسقط حق الشفيع من الشُّفْعَة.

وقال أشهب: بل يقوم المبتاع فإن اختار الرجوع فلا شفعة ، لأنه لا فائدة

---

(١) التهذيب (٤/١٥٦).

للمبتاع بل يدخُلُ عليه الضرر باتباعه بالعمرة.

قوله: (**فأقر النخل فيها**)[1]. لما أقرها خرجت عن حكم المقلوع بالشراء الثاني للأرض، وبالاستحقاق بنصف الأرض مع شجرها امتنع القلع، لأنه لا يمكن قلع الجزء المشاع إلا بعد القسمة فصحت الشُّفْعَة في ذلك.

قوله: (**بنصف ثمنها**)[1]. أي ثمن الأرض وثمن النخل، ووجهه أن العقود تابعة لعقود أُخَر فتنزل على المذهب منزلة ما هو في العقد المتبوع.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه يشفع في نصف النقض بقيمته قائما، ووجهه أن التابع ليس كالمتبوع في الزمان. فهذان القولان مطلقا سواء اشترى الشجرة أَوَّلاً ثُمَّ الأرضَ بعدُ أَو بالعكس.

ولنا تفصيل وهو: إن اشترى الأرض أَوَّلاً يشفع بالنقض من الثمن، وإن اشترى النقض أولا فبالقيمة لكن مقلوعا لا قائما لأنه في حكم المقلوع.

ولنا تفصيل آخر وهو: إن اشترى الشجر أَوَّلاً فلا شفعة فيه لتحقق حكم القلع.

قوله: (**وليس للمبتاع حجة**)[2]. أي ليس له أن يُسقط الشُّفْعَة في النخل باشترائها إياها للقلع لأنها قد صارت كالمؤبرة.

قوله: (**فإن لم يستشفع**)[2]. المذهب أن الشفيع مقدم في الأخذ بالشُّفْعَة على المبتاع في رد باقي الصفقة، لأنه لا ضرر على المبتاع في ذلك، وضررُ العهدة الأصلُ خلافه، لأن الاستحقاق نادر.

قوله: (**وقال بعد هذا**)[3]. حاصله أن له في كل مسألة قولين: **أحدهما**

---
(١) التهذيب (٤/١٥٦).
(٢) المصدر نفسه (٤/١٥٧).
(٣) في التهذيب «وقال في باب بعد هذا» (٤/١٥٧).




بالنص، **والثاني** بالتخريج. فوجهُ الأخذِ بالثَّمَن ما تقدمَ، وأن المبتاع قد يزيد في ثمن الأرض ليبقي الشجر فيها، فإن أخذ الشفيع بقيمته مقلوعا أو قائما تضرر المبتاع.

ووجه القيمة أنه لما ثبت للشجر حكمُ التبعيةِ صارَ بمنزلة ما يحدثه المبتاع من الغراس والبناء ولذلك اعتبرت القيمة فيه قائما لأنه لم يتعد، وإنما تصرف بالشرع لإذنه له بالتبقية، إلا أنه تكثر قيمته قائما على قيمته مقلوعا وفي ذلك حيف على الشفيع، فإن لم يشفع ورد المبتاع نصف الصفقة نَظَرَ فإنْ كان البائعُ غاصبا كان للشفيع الشجر بالقيمة مقلوعا، وإن كان غرس بشبهة [١٩٨/ب] فبالقيمة قائما.

قوله: (لم يجز)[(١)]. لأنه باعَ منه ما لا يقدر على تسليمه لأن النقض المشتركة لا يمكن قلعه إلا بعد القسمة في النخل ومغارسها من الأرض، وأيضا فإن في ذلك غرراً وهو أنه على تقدير إثباتِ القيمة وقسم الحاكم عليه، فلا يدري المبتاع ما يحصل له من الشجر في القسمة وفي أي جهة يكون، ولذلك قال: «ولو شاء البائع أن يقاسم شريكه النخل خاصة ليقلعها لم يكن له ذلك»: أي وإن لم يكن ثم غائب فإن ذلك يُمنَع لما فيه من الغَرَر، وقيل: إن استوت أصول الشجر جاز لانتفاء الغرر وهذا بعيد ألَّا تختلفَ الشجَرُ.

قوله: (ولا شفعة فيه)[(١)]. لأنه لا يتمكّن المبتاع من تبقيته لأن الأرض ليست له، ولا المستحق لأن الأرض كلها ليست له فصار في حكم المقلوع كنقض مشترك بين شخصين على حكم القلع.

قوله: (وكان البيع تاما)[(٢)]. وتنزل المستحق منزلة البائع في الأرض لكن

---

(١) التهذيب (٤/١٥٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٥٨).




ليس للبائع منفعة من القلع ، بخلاف المستحق لأنه يمنعه من القلع لأن ذلك مجرد ضرر ، ويدفع له قيمته مقلوعا لأنه دخل علىٰ القلع وقيمته تَقُومُ مقامَهُ ، فإن أبىٰ المستحق أن يَدفَع له القيمة مُكِّن المبتاع حينئذ من القلع . ولو رد باقي الصفقة من النقض نَظَرَ فإن كان البائع غاصبا فله قيمة النقض مقلوعاً وإلا بالقيمة قائما .

قوله: (**اكتراها**)[1] . أي استأجرها لمدة فإذا تمت صارت أنقاضها في حكم المقلوع .

قوله: (**في أرض يظُنُّها لَه**) . لما استند إلىٰ مبيح شرعي كان تصرُّفُه بإذن الشرعِ ، فكان له حق ولصاحب الأرض أيضا حقٌّ ، فكان الجمْعُ بينَ المصالِحِ مَا قَالَ .

قوله: (**إن شئت فَاتْبَع البائع بالثمن**)[1] . أي إن شئت أن تجيز البيع فلك الثمنُ ويصحُّ البيعُ والهبةُ التي هي فرعُهُ ، وإن لم يجزه (.)[2] عين العبد من الموهوب له ولا يكون للموهوب علىٰ الواهب شيء ، لأنه إنما وهبه عين العبد علىٰ أنه له ، وإن تلف عنده بموت أو غيره فلا شيء للمستحق علىٰ الواهب لأنه تصَرّف بوَجهٍ شرعي كما لو مات عند الواهب ، ولكن يرجع بقيمته علىٰ البائع إن كان غاصبا أو متعديا أو علىٰ من باع من البائع إن كان كذلك .

قوله: (**فهو بيع**)[3] . لا خلاف في وجوب الشُّفْعَة في هبة الثواب ، وإنما الخلاف في الهبة بغير عوض والصدقة فمن أوجب الشُّفْعَة فلإزالة التهمة بأن يتواطآ علىٰ ذلك ويُخْفيا العوض فيؤدي إلىٰ إسقاط حق الشفيع ولدفع ضرر المداخلة أيضا . ومن لم يرها فكالميراث .

---

(١) التهذيب (٤/١٥٨).

(٢) كلمة غير واضحة.

(٣) التهذيب (٤/١٥٨).




قوله: (فإن سمى العوض)(١). هذا بيّنٌ، وإذا لم يسمه فثلاثة أقوالٍ: المذهبُ منها أنه إن بدل قيمة الهبة لزم الواهب مطلقا. وقيل: الواهب على هبته ما لم يرض منها. وقيل: إذا بَدَلَ قيمتها بالنظر إلى مثله من مثله لزمت، وفرق بين أن يهب الأدنى إلى الأعلى وعكسِه. ووَجْهُ المَذْهَب أن العوض على القولين الآخرين يقلُّ ويكثُرُ ويدخله الجهل فكان الأعدل الرجوع إلى القيمة مطلقا لأنها أقرب إلى العلم.

قوله: (بقيمة العوض)(٢). إن كان من ذوات القيمِ والقيمةُ تقوم مقامه، وذوات الأمثالِ: المكيلاتُ والموزونات والمعدودات.

قوله: (فلا قيام للشفيع)(٣). لأن الهبة قبل العوض على الجواز.

قوله: (إذا لم تتغير الهبة في بدن)(٣). أي في ذاتها لأنه إنما يبحث هنا فيما يصح فيه الشُّفْعَة فتجوّز بقوله: في بدن.

واعلم أنه إذا بدل العوض فلا يخلو أن يكون الموهوب قائما أو فائتا، [١٩٩/أ] فإن كان قائما فالشُّفْعَة بما بدل، كان أقل من قيمتها أو أكثر أو مساويا، وإن كان بعد الفوت فالمذهب كذلك، وقال أشهب: إن بدل أكثر من قيمتها بعد الفوت فإنما يشفع الشفيع بقيمتها، لأنه لما فاتت لزمت الموهوب بالقيمة فما زاد على القيمة تبرُّعٌ منه، وروى ابن القاسم أنه كالثمن الغالي. ويُلزِمُ أشهبُ إذا بدلَ قبل الفوت أكثرَ من القيمةِ أن يشفعَ بالقيمة، لأن المذهبَ أنه إذا بدل القيمة قبل الفوت ملكها الموهوب له، فقد كان قادرا على أقل مما بدل.

---

(١) التهذيب (٤/١٥٨).

(٢) في التهذيب «كان له قيمة من العروض» (٤/١٥٨).

(٣) التهذيب (٤/١٥٩).




قوله: (يوم قبضها)[1]. لأن هبة الثواب تشبه البيع الفاسد لأنها بثمن مجهولٍ ولأنه بيع بشرطٍ، والضمان قد ثبتَ دون الِملْك كالبيع الفاسد والغصب.

قوله: (فليس للشفيع أَخْذُهُ بذلك)[1]. لأن البيع لم يتِمَّ بعدُ.

قوله: (فإن رأىٰ أنه لصدقة أو لصلة رحم)[2]. مثل هبة الغنيِّ للفقيرِ والأخ الغني لأخيه الفقير، فلا يخرجه أخذ العوض عن ذلك وإنما يكون أخذه العوض منه جبرا لقلبه وصلة لرحمه أيضا لا في مقابلة الهبة، ويدل علىٰ ذلك أن للموهوب أخذ العوض منه ورده.

قوله: (فليرجع في العوض إن كان قائما)[3]. لأنه لا يلزمُه، وأما إذا بلغ فات فلا شيء له، لأنه سلط عليه فلم يتعد في تصرُّفه.

قوله: (ومن وهب شقصا من دار لابنه)[4]. يحتمل أن يريد أن الشقص لابنه، وهبة الأجنبي علىٰ عوض، فعلىٰ هذا يكون قوله: «لا تجوز محاباته في قبول الثواب» بمعنىٰ: لا يجوز أن يأخذ من مال الأجنبي أقل من قيمته، لأن ذلك تصرف في مال ابنه علىٰ غير المصلحة.

ويحتمل أن يريدَ وهبَ شقصه لابنه، فلا يجوز له أن يأخذ من مال ابنه أكثر من قيمته ويحابي نفسه في الوجهين تصح الشُّفْعَة لأن هبةَ العوَضِ بيعٌ.

قوله: (ولا ما وهب)[4]. أي ولا يجوز ما وهب من مال ابنه، أي بغير عوض لأنه لا يجوز أن يخرج ماله بغير عوض، وكذلك يمنع الصدقة والقرض،

---

(١) التهذيب (٤/١٥٩).

(٢) في التهذيب «لصداقةٍ». ٤/١٥٩

(٣) التهذيب (٤/١٥٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٦٠).




فإن وقع شيء من ذلك فإن كان الأب معسرا رد جميع ذلك، وإن كان موسرا ردت الهبة والصدقة إلا أن تفوت فيرجع فيها إلىٰ القيمة ويمضي العتق، لأنه فوت شرعي فهو كالحسي، ويرجع إلىٰ القيمة وكان ينبغي أن يرد لأنه أعتق مال الغير والإخراج بالقيمة قد لا يكون نظرا، لكن لما تشوف الشرع إليه نفذ. وتعليل بعضهم بأن الولاء قد يرجع إلىٰ الابن ليس بشيء، لأنه ينتقض بالوصي إذا فعل مثل ذلك في مال محجوره.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أن الصدقة والهبة يمضيان بالقيمة كالعتق في الأب والوصي.

قوله: (ولا يجوز في الهبة)[1]. استغنىٰ {بذكرها} عن الصدقة.

قوله: (وإنما يجوز بيع الأب)[1]. أي لا يجوز له أن يبيع شيئا من ماله إلا لهذه الثلاثة الأشياء: إما لضرورته، أو لوجه نظر مثل أن يخاف علىٰ ذلك، أو لزيادة في الثمن.

قوله: (وهبة المكاتب والمأذون علىٰ عوض تجوز)[1]. لأن لهما النظر في المال؛ أحدهما بالإذن، والمكاتب أحرز نفسه وماله بالكتابة لكن لا يتصرفان إلا بالمصلحة.

قوله: (فالشُّفْعَة لمبتاعه)[2]. هذه المسألة تنبني علىٰ خلاف: وهو أن بيع الخيار إذا انْبَرَم هل يكون من حيث الإبرام أو من وقت العقد؟ ولا تكون الشُّفْعَة إلا بشركة متقدمة علىٰ بيع الشركة، فقوله: «لمبتاعه» بناءً علىٰ أنه من وقت العقد، وبذلك يكون متقدما علىٰ البيع البتل[3] فيكون لمبتاعه الشُّفْعَة علىٰ مبتاع البيع

(١) التهذيب (٤/١٦٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦١).

(٣) البيع البتل: القاطع




البتل، وقال ابن حبيب: من حين الإبرام، فعلىٰ هذا تكون الشُّفْعَة لمبتاع بيع البتل علىٰ مبتاع بيع الخيار. إلا ابنُ القاسم قال: إن الأروش تكون للبائع في بيع الخيار [١٩٩/ب] وعلىٰ هذا كان ينبغي أن تجعل الشُّفْعَة لمبتاع بيع البتل.

قوله: (وإن رد فهي لبائعه)(١). لأنه لم يبع شيئا، وشركته سابقة علىٰ بيع البتل ولو لم يشفع أحد المبتاعَيْن علىٰ الآخر، وقد تم بيعُ الخيارِ فهل يشفع أحد البائعين علىٰ الآخر؟ هذا أيضا ينبني علىٰ خلاف: وهو أن الشريك إذا باع حظه بعد أن وجبت له الشُّفْعَة فهل يشفع بذلك الحظ الذي باعه أَوْ لا؟

المذهب: لا يشفع، لأنه قد باع الحظ الذي يشفع به. وقيل: يشفع، لأنه إنما باع بعد أن وجبت له الشُّفْعَة ولم يبع ما وجب له من ذلك. فإذا قلنا يشفع فعلىٰ الخلاف المتقدم في بيع الخيار هل يمضي من حين عقده أو من حين إبرامه؟ وإذا باع الشريك بعض حظه فهل يشفع بما بقي له فيما باع مع الأشراك الباقين أو لا؟ قولان، قيل: لا يشفع لأن بيعه يتضمن ألّا شفعةَ لأنه لولا قصدُه ألا يشفَعَ ما بَاعَ، ووَجْهُ الثَّانِي أنه شريك بما بقي له، وإذا باع كل واحد من شريكين حظَّهُ واختلفا من باع منهما قبل صاحبه ولم يتبَيَّنِ الأمر فلا شفعة لأحدهما علىٰ الآخر لأنه ليس أحدهما بأولىٰ من الآخر.

واختلف في بيع الخيار هل ينقل الملك أوّلاً، أو هو موقوف وضمانه من البائع وخراجه له علىٰ الأقوال ولا ينافي الضمان عدم الملك.

قوله: (فله رده)(١). لأن الضمان علىٰ البائع.

قوله: (بقيمته)(١). لأن هذا هو العدل بين الشخصين، لأن الصداق قد يكون بأكثر من صداق المِثْل فيتضرر الشفيعُ، وبأقلَّ فتتضرر المرأة، وكذلك

---

(١) التهذيب (٤/١٦١).




الخلع وقيمة الشقص عدل بينهما.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بصداق المثل وخُلع المثل، وهو المذهب في الاستحقاق أنها ترجع على الزوج به، وهنالك قول ثان بقيمة الشقص.

وأما الصلح في دم العمد، فلأن فيه القَود ولا ثمن له ولا قيمة، لأنه يختلف فيرجع إلى قيمة الشقص، وأما في الخطأ (.) الدية معلومة ففيها دفع الشقص ولذلك رجع إليها، فإن كانت عينا لزمه مثله لأنه من ذوات الأمثال وتنجم عليه، وإن كانت إبلا فهي من ذوات القيم قومت على حسب تنجيمها وغررها، ويؤدي القيمة حالة الآن ولا يؤخرها لأنه دين في دين، كما لو بيع الشقص بدين وكل قيمة فهي على الحلول، فإن قلت: لو باع الشقص بعرض موصوفا إلى أجل فإنما يأخذ الشفيع بمثه إلى الأجل فهلّا أخذ هنا بمثل الأجل، قيل: الفرق أن الإبل وإن كانت معلومة للإنسان فصفاتها مختلفة. فإن قيل: فكيف تقوم مع ذلك؟ قيل: ينبني الأمر في إبل الدية على المسامحة فكذلك في قيمتها وهذا إن صالحت العاقلة على الشقص، أما إذا صالح عنها غيرها بالشقص فلنا فيه ثلاثة أقوال، وفيمن صالح عن (.)لا يجوز لما فيه من الغرر لأن الجاني لا يلزمه ذلك الشقص بل هو مخير فهذا بيع مجهول، وقيل: يجوز لأنه معروف، وقيل: إن صالح بما هو من ذوات القيم صح لأن قيمة الشيء تقوم مقامه، وإن كان من ذوات الأمثال لم يجز لأن المماثلة تختلف.

قوله: (يشهد فيه الإمام)(١). لما كان في تنجيم الدية قولان ثلاث سنين وأربع، والأول أشْهَرُ، احتيجَ إلى الإمام ليعين بنظره أحدهُما، فإذا كانت نصف

---

(١) في التهذيب «يجتهد فيه» (١٦١/٤).

كدية اليد من الرجل فهل يكون {ثلثها}(١) في عام، والسدس الباقي في عام، أو يكون النصف في عامين ربعا ربعا؟ قولين.

قوله: (**بمثل كراء الإبل**)(٢). لأنه ثمن الشقص، فيقوم كراؤها من هناك إلىٰ مكة في ذلك الوقت فما كان يشفع به وكذلك سائر المنافع كإجارة العبد والدار تقوم تلك المنافع في ذلك [٢٠٠/أ] الوقت.

قوله: (**ومن تكفل برجل**)(٢). الكفالة بالوجه عندنا إن لم يحضره لزم المال خلافا للشافعي، ووجهه أنه ما لم يحضره فهو قد منع رب المال من ماله وينسب إلىٰ التفريط، إلا أن يقول أضمن وجهه وليس عليه شيء من المال أو يموت المضمون فلا شيء علىٰ الضامن اتفاقا لأنه لا يقدر علىٰ إحضاره حيا.

قوله: (**فجائز إن عرفا مبلغ الدين**)(٢). لأنه مع الجهل يكون ثمن الشقص مجهولا وهو ركن بخلاف الصداق، فلذلك إذا استحق لم يبطل النكاح.

قوله: (**ويرجع الكفيل بالأقل من الدينأو من قيمة الشقص**)(٣). فإن كانت قيمة الشقص أكثر قال له المضمون: أنت ظلمتَ نفسك إذ دفعتَ أكثر مما عليَّ بغير إذني. وإن كانت أقل لم يلزمه إلا قيمته لأنه لا (.) عليه وإنما صالح عنه.

قوله: (**جاز**)(٤). لأنه يجوز عندنا ضمان المجهول لأنه كالهبة، ويجوز أن يهب شيئا مجهولا ويرجع في ذلك إلىٰ العرف.

قوله: (**فله أن يحلّف الوكيل علىٰ علمه**)(٥). أي أنه لا يعلم ذلك فأراد

---

(١) في المتن ثلثاها، وفي الحاشية قوله: (صوابه ثلثها)

(٢) التهذيب (٤/ ١٦٢).

(٣) في التهذيب «بالأقل من المال الذي عليه» (٤/ ١٦٢).

(٤) التهذيب (٤/ ١٦٢).

(٥) في التهذيب «فله أن يحلف الكفيل علىٰ علمه» (٤/ ١٦٢).

بالعلم غالب الظن ، ويمكن أن يُريدَ إذا ادعىٰ عليه العلم ، وفائدة اليمين أنه إن نكل غرم ما ادعىٰ الطالب فإذا قدم المضمون فإن وافق علىٰ ذلك فَبيِّن ، وإن ادعىٰ أقل منه فيحلف علىٰ ما ادعىٰ ويخسر الضامن ، وإن لم يحلف غرم للضامن جميع ما أدىٰ عنه ، وفي هذه اليمين إشكال لأن من شرط اليمين أن يصح قلب المنكرِ إياها علىٰ المدعي ، وهذه لا يصح قلبها لا علىٰ الطالب لأنه قد حلف أولاً ولا يحلف مرتين ، ولا علىٰ الكفيل لأنه لا يدعي العلم لكن قد وجدنا اليمين لا ترد وهي يمين التهمة ، وقد قال مالك في الرجل يوكِل آخرَ علىٰ شراء سلعة فإذا اشتراها ودفع الثمن عنه رد البائع بعض الثمن زائفا فأبدله الوكيل من عنده ثم جاء به إلىٰ الموكل فأنكره ، فقال: يحلف الموكل أنه ليس له ، وهذه يمين لا ترد لأن الوكيل لا علم له.

قوله: (واستحق)(١). أي بشرط أن لا يكذبه العرف في دعواه.

قوله: (لم يجز ، وَرُدَّ)(٢). لأن ذلك حق لله والآدمي فلما كان مشوبا بالحق لله لم يجز بيعه فكان ذلك من أكل المال بالباطل.

قوله: (لا شفعة ، لأنه لا بيع فيه ، بلغ الإمام أو لا)(٣). كان ينبغي أن يجوز ذلك قبل بلوغه الإمام كما جاز عفوه حينئذ ، وأما إذا بلغ الإمام فلا يجوز العفو إلا إذا أراد سترا.

قوله: (لم يجز فيه عفو الأولياء)(٤). لأنه إذا أخذ قبل التوبة فالحكم فيه للإمام والحق لله ، فلا يجوز العفو عنه بلغَ الإمام أوْ لا.

---

(١) التهذيب (٤/١٦٢).
(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٣).
(٣) في التهذيب «ولا شفعة فيه بلغ الإمام أو لَا». (٤/١٦٣).
(٤) التهذيب (٤/١٦٣).




قوله: (فالشُّفْعَة في الغياض والآجام)(١). لأن هذه الأشياء مباحة فلا شفعة فيها إلا إن كانت أرضا مملوكة فيجوز بالتبع.

قوله: (فإن دفع إليه في حصة الشُّفْعَة قيمة نصف بنائها)(١). يعني قائما، وكان ينبغي أن يدفع للمستحق قيمة ما هدم من بنائه لأنه تبين أنه أفسد مال غيره خطأً وهو كالعمد في أموال الناس، لكن لما كان الشرع قد أذن له في الهدم هنا مع ظنه ملكه فارق إفساده بمال الغير في الطريق، لأنه وإن أبيح له المشي فيها فلم يبح له إتلاف مال الغير لكن انقاض ما هدم إن كانت قائمة أخذها المستحق نصفها، أو نصف ثمنها إن كان باعها وكذلك يرجع على البائع بنصف الثمن بعد إسقاط ذلك.

قوله: (فإن اصطلحوا)(٢). أي يشفع في البعض ويسقطها في الباقي.

قوله: (ليس لأحد المتفاوضين)(١). لأنه بيع كل واحد منهما بمزلة بيع صاحبه على نفسه، ومن باع شيئا فلا شفعة له فيه.

قوله: (فإن تفاوضا في الدور)(١). أي هل تكون المفاوضة في نوع واحد لا في جميع ما يملكان؟ قال: ما أعرف المفاوضة في بعض [٢٠٠/ب] ما يملكان. أو يريد: لا أعرف المفاوضة إلا فيما شأنه أن يُشتَرى للتجارة، لكن إن وقع ذلك في نوع ما كان الحكم كما تقدم.

قوله: (ليس لرب المال أن يبيع شيئا في يد العامل)(١). لأنه إنما اشتراه للربح وقد فوض إليه في ذلك فلا يجوز له أن يبيع شيئا من ذلك بغير أمره إلا أن يرى الحاكم في بيع ذلك مصلحة لأن تركه مفسدة فيجوز أن يبيعه ويفاصله في القراض.

---

(١) التهذيب (٤/١٦٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٤).




قوله: (فله الشُّفْعَة)[1]. لأن مال القراض على ملك ربه فإذا اشترى به العامل شيئا فكأن رب المال اشتراه فللعامل الشُّفْعَة، ولا يكون شراؤه إسقاطا لشفعته لأنه إنما أراد بذلك تحقيق بيع الشقص حتى تصح له الشُّفْعَة، لكن يأخذه بالثمن ويرد مكانه في مال القراض لكن تكون العهدة على البائع لا على رب المال لأنه لم يشتره رب المال ولا أذن له في ذلك بعينه فلا يضره بالعهدة.

قوله: (ولو كان رب المال هو الشفيع)[1]. هذا في الحقيقة ليس بشفعة لأنه لا يشفع أحد على نفسه، فإنما فائدة تسميته شفعة إلا أنه يأخذه بمثل الثمن ولا ربح للعامل فيه. ويمكن أن يقال أن العامل يملك بالظهور، وغالب الشراء أن يكون فيه ربح فقد ملك العامل جزءا فانتزعه رب المال منه ويعيد إلى مال القراض مثل ذلك، وتكون العهدة أيضا على البائع لأن العهدة لا تكون على الشفيع نفسه لأنه المشتري في الحقيقة.

قوله: (ولأم الولد)[1]. يعني المأذون لها، وإلا فلا يجوز لها تصرفٌ. والمكاتب والمأذون لهما التصرف.

قوله: (فلا قيام للسيد)[1]. لأنه قد أقامه بالإذن مقام الحر.

قوله: (فإن لم يكن العبد مديانا)[2]. لأنه حينئذ يصح للسيد انتزاع ماله الذي أعطاه وله الحجر عليه فيما شاء. فكذلك حجر عليه في الآخر في الشُّفْعَة هنا.

قوله: (فيها فضل)[2]. لابد من هذا وإلا فلا فائدة للغرماء فيها.

قوله: (ولا أخذ للسيد)[2]. هذا إذا كان يتصرف على المصلحة وإلا لم يجز لأنه إخراج مال بغير عوض وذلك يؤدي إلى تعجيزه.

---

(١) التهذيب (٤/١٦٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٥).




قوله: (ولذات الزوج تسليم شفعتها)[1]. لأنه يجوز لها التصرف في مالها خلافا للشافعي، لأن الزوج يملك الاستمتاع منها في كل وقت فلا يبقى وقت تتصرف فيه للتجارة ولا غيرها.

قوله: (بطل جميعه)[1]. وكذلك (.) بمحاباة يزيد على ثلثها. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه يبطل ما زاد على الثلث فقط كالمريض ليس فيه إلا هذا القول الثاني. والفَرْق أن الزوجة تقدر على الانشاء والمريض لا يقدر عليه.

قوله: (غير الزوج)[1]. استثناء من أحد قوليه. ومن أعمر العمرى أي: يسكنه داره عمر المعمَر أو المعمِر وذلك مجهول فلم يجز بيعه ولا الشُّفْعَة لأمرين: أحدهما أنه بيع فاسد. والثاني أنه باع منه منافع الدار لا رقبتها فالشُّفْعَة إنما هي في الرقاب.

قوله: (وإن استغلها رد غلتها)[2]. وهذا مشكل لأنه لو اكترى دارا كراء فاسدا ثم أكراها من غيره كراء صحيحا فإن الغلة له، ويؤدي إلى الأول كراء المثل. فقيل: لما كانت المنافع غير مقبوضة لأنها باقية على ملك ربها وإنما يأخذها المستأجر شيئا فشيئا، فلَمّا لمْ يقبضها لم يضمنها فلم يكن الخراج له، وهذا باطل بالضرورة المتقدمة لأن العقد الصحيح المتصل بالعقد الفاسد فوتٌ له يرجع إلى القيمة ويصح الثاني، فالوجه أنه أراد بقوله «إن استغلها»: إن سَكَنَها بنفسه رد غلتها، أي: لزمه كراؤها كراء المثل لما مضى من المدة ويردّ العِوض[3].

قوله: (لم يجز)[4]. لأنه بيع فاسد للجهل فبطل مطلقا [٢٠١/أ] هذا المَذْهَبُ،

---

(١) التهذيب (٤/١٦٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٦).

(٣) نقل هذا الوجه في الذخيرة عن بعض القرويين، انظر الذخيرة (٧/٣١٣).

(٤) التهذيب (٤/١٦٦).

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: إن باعها ذلك الأب من ابنه فيصح لأنه لم يرد حقيقة البيع بل هو معروف.

قوله: (والغلة للمتصدق عليه)(١). لأنه هنا باع منه الرقبة بيعا فاسدا فكانت في ضمانه فله الخراج.

قوله: (ويرجع بما أنفق)(١). إن كانت النفقة على المعروف فبيِّنٌ، وإن زاد فيها على المألوف فقولان: أحدهما إنما يرجع بالمعروف والزائد تبرُّع، والثاني يرجع بذلك كله لأنها هبة في مقابلة البيع.

قوله: (ولو هلكت)(١). لأن البيع الفاسد إذا تلف قضى بالقيمة لا بالثمن، وعلى هذا تجوز الشُّفْعَة فيها لأنه صار بيعا ماضيا بالشرع فيشفع بالقيمة.

قوله: (وتجوز هبة غير المقسوم)(٢). أي الشائعُ، لا خلاف في بيعه، وخالف أبو حنيفة في بيعه ورهنه وتحبيسه وكل ما لابد فيه من الحوز، قال: لأنه لا يمكن حوزه لأنه لا يتعين وليس كالبيع لأنه ليس من شرطه الحوز بل يصح دون قبض، ولنا قول مثله. ووجه الجواز أنه إذا قبض الكل ونزع هذا الأول من التصرف في جميعه صح الحوز.

قوله: (والشُّفْعَة في دور القرى)(٣). خلافا لأبي حنيفة يفرِّق بأن دور القرى أصلها الإباحة ولا رغبة فيها كما في دور المدائن فلا شفعة.

قوله: (فلا يقضى له بالشُّفْعَة بإقرار)(٣). هذا لأنه لو قضى له بمجرد قوله لأدى إلى إبطال حق الغائب إذا قدم وأنكر البيع، وذلك أن الشفيع إذا شفع بحكم حاكم

---

(١) التهذيب (٤/١٦٦).

(٢) في التهذيب «وتجوز الهبة غير مقسومة» (٤/١٦٦).

(٣) التهذيب (٤/١٦٦).

فذلك ابتياع بشفعة، فيكون له كراؤه وخراجه بالضمان، فإن تهدمت الدار بفعله أو بأمر من الله لم يلزمه لربها شيء، فلذلك قال: يبطل حق الغائب في الغلة والدار ولهذا انبغىٰ للحاكم ألا يحكم في حق يثبت عنده بالبينة ما يقر به المتخاصمان.

قوله: (فلا يجوز أن يشهد له أن فلانا وكله)(١). الحقوق ثلاثة:

متمحض له فلا يجوز أن يشهد له.

وحق متمحض عليه فيجوز أن يشهد عليه فيه.

وحق مشوب بما له وبما عليه، فيغلب ما له احتياطا؛ فلا يجوز أن يشهد له فيه، كصفقة جمعت حلالا وحراما فيغلب الحرام.

قوله: (وَكَله علىٰ شيء)(١). هذا حق له؛ لأنه يتصرف بذلك في مال الغير.

قوله: (وكلَ غيره)(١). هذا حق عليه لأن الغير بذلك يتصرف في ماله ولو اشترىٰ وكيله له سلعة من شخص فينكر الوكيل أنه وكيله ويقر البائع أنه اشترىٰ له فهذا حق مشوب.

قوله: (فلا تجوز شهادتهن علىٰ الوكالة فيه)(١). فإنه إذا لم تجز في الأصل فلا تجوز في الفرع بطريق الأحرىٰ، وأما الوكالة في الأموال فكان ينبغي ألا تجوز لأنه إنما وردت في الأموال لا ما يفضي إليها، لكن الوكالة عليه في معنىٰ قبض الموكل له فجازت، وقد أجاز ابن القاسم علىٰ هذا الأصل شهادتين في الميراث، ولم تجز في النسب وكأنهن شهدن بمال ونسب، بطل النسب وصح المال ففكك الشهادة. وأشهب يمنع هذا الأصل، ولأن الميراث مترتب علىٰ النسب وإذا بطل الأصل بطل الفرع.

---

(١) التهذيب (٤/١٦٧).

قوله: (على أخذ الشُّفْعَة، أو تسليمها)[1]. لأن ذلك مال.

قوله: (ولا تجوز تزكيتهن)[1]. وإن كانت فيما يفضي إلى المال؛ لأن إفضاءها إلى المال هنا بعيد وإنما وجب المال بالشهود الأولين، ولأن التزكية إنما هي بمعنى أنه تجوز شهادة هؤلاء مطلقا في مال وغيره لا بالنظر إلى هذا المال الخاص فلم يجز.

قوله: (ألا يأخذ الوصي للحميل بالشُّفْعَة)[2]. لأنه يحتمل أن يكون نفخا فهو كالعدم فلا يرث ولا يملك، وإنما يوقف ميراثه نظرا [٢٠١/ب] إلى المال وذلك بالإجماع.

قوله: (لم يجز له بيع ذلك)[3]. لأن الأحباس عندنا تصح بالقول، وبما يقوم مقامه من الإباحة كتحلية المسجد للناس يصلون فيه بمحضر من المحبس وهي على التأبيد.

وأبو حنيفة لا يصح عنده التحبيس لما فيه من وجود ملك بلا مالك، إلا أن يحكم به حاكم فحينئذ يلزم المحبس لأنه حكم حكم به الحاكم فيمضي. وقد احتج مالك على أبي يوسف في ذلك بقوله: «هذه أحباس رسول الله صلى الله عليه لا يؤخذ منها إلا الزكاة»[4]، يعني نخلا بالمدينة أقرها الصحابة والتابعون وتابعوهم على وجهها من المحبس.

والشَّافِعي يشترط في صحة الحبس أن يكون بالقول فقط، وإلا حل وله الرجوع فيها.

---

(١) التهذيب (٤/١٦٧).

(٢) في التهذيب «ولا يأخذ الوصي للحمل بالشُّفْعَة حتى يولد ويستهل» (٤/١٦٧).

(٣) التهذيب (٤/١٦٧).

(٤) انظر روضة المستبين (٢/٣٩٣)، ترتيب المدارك (١/٤٩)، المقدمات الممهدات (٢/٤١٨).




قوله: (وإذا كان حائط بين رجلين)(١). مثاله أن يكون بينهما حائط مشترك فيبيع أحدهما داره مع حظه من الحائط، فلصاحبه الشُّفْعَة في الحائط خاصة بحظه منه لأنه بنىٰ علىٰ أرضه وقد اشتركا فيها، وهذا إن انقسمت أرضه وأمكن أن يبني كل واحد منهما في حظه منها حائطا، علىٰ قول ابن القاسم أن من شرط القسمة أن يكون فيما يصير لكل واحد أن ينفع به علىٰ حد ما كان.

قوله: (وللآخر فيه حمل خشب)(١). لأنه إنما له فيه منفعة فلا شفعة له، لأن الشُّفْعَة إنما تكون في (رقبة بجزء رقبة) لا بمنفعة ولا في منفعة.

قوله: (ومن له علو دار ولآخر سفلها فلا شفعة)(١). لأنهما جاران وإنما الشُّفْعَة في المشاع لا في المتميز والمتجاوران تارة يكون سكناهما متصلين في الأرض وتارة يكون أحدهما علىٰ الآخر.

قوله: (لا شفعة في أرض العنوة)(١). أرض العنوة ضربان:

أحدهما: أن يبيعها الإمام كما فعل عمر في أرض الشام، فهذه تباع ويشفع فيها.

والثاني: ألا يبيعها ولكن تركها للمسلمين كافة كما فعل عمر في أرض مصر إذ تأول قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ١٠]، علىٰ أنه معطوف علىٰ ما قبله أي: والذين جاؤوا، ولم يجعله مستأنفا، فهذه لا تباع ولا يشفع فيها وهذه التي قصد الإمام، بل تملك منافعها بالإجارة وبالإقطاع كاخباز الخبز، إلا أن يقطع الإمام شيئا من ذلك لمن شاء علىٰ التأبيد فيصير ملكا له.

وأما أرض الصلح فهي أن يصالح العدو علىٰ بقائه في أرضه علىٰ قدر معلوم

(١) التهذيب (٤/١٦٨).

من الخراج ؛ فهذه يجوز لأهلها بيعها ثم ذلك الخراج قد يكون على الرقاب أو على الأرض أو عليهما ، فإن لم يكن على الأرض صح بيعها مطلقا وإن كان على الأرض فيجوز بيعها إن التزم الكافر الخراج في ذمته ، فإن جعل الخراج على المشتري لم يجز بيعها لأمرين: أحدهما أنه مجهول لأنه إذا اسلم الكافر أو مات سقط الخراج عنه ولا يدري متى يكون ذلك ، والثاني أن الخراج إنما يؤخذ من الكافر على جهة الذل والصغار ولا يتأتى ذلك في المسلم ، وجوز بيعها أشهب قال: لأن المشتري إنما يدخل على أن الكافر لا يسلم ، فقد دخل على التأبيد وإسلامه طارئ عارض ، ولأنه لا يلزم من أحد الخراج من المسلم أن يكون على جهة الذل لانتفاء الكفر عنه.

قوله: (على أن على المبتاع كل عام شيئا يدفعه)[1]. هذا مجهول (.) جزء من الثمن إذ لا يدري كم يدفع في ذلك وليس هذا كبيع الدار المحكورة بيع أنقاضها ويلزمه كراء الأرض لربها في كل عام أو شهر لأنه هنا إنما باع الأنقاض وأكثر الأنقاض فهو بيع وإجارة.

قوله: (فاستحق من النخل شيء يسير)[1]. فرقوا بين أن يستحق يسير من العقار أو يطرأ [٢٠٢/أ] عيب يسير فيه فليس له رد الصفقة بل يرجع بما يقابل ذلك من الثمن ، وبينَ أن يكون ذلك في الثياب والعبيد فله الرجوع في الصفقة كلها.

والفَرْق أن كسب العقار صعب وعزيز بخلاف العروض لأنه تراد للتجارة فذلك فيها كثير ، فإذا استحق من النخل جزء مشاع كالربع والثلث والثلثين جاز التماسك بالباقي لأن الثمن معلوم ، وإن كان المستحق معينا كناحية من الأرض معلومة:

فإن كان أكثر الصفقة انفسخ البيع ولم يجز التماسك بالباقي لأن في ذلك

(١) التهذيب (١٦٨/٤).




إنشاء بيع ثان في الباقي بثمن مجهول، كما لو اشترىٰ عشرة أثواب مختلفة فاستحق أكثرها فلا يجوز أن يتماسك بالباقي لأنه لا يعلم ما يقابله من الثمن حتىٰ (.) كل ثوب ويمضي الثمن علىٰ ذلك.

وإن كان الأقل لم ينفسخ البيع لأن الأقل تابع للأكثر في المعاملات والعبادات كما إذا أخرج أقل رجله من الخف أو أكثرها بالحكم للأكثر لا للأقل، وإذا كان الأقل تابعا فكأنه لم يستحق تبعا للباقي، وفي العكس كان المستحق الجميع فإذا تماسك بالأكثر فليس في ذلك بيع (.) بثمن مجهول ولكنه البيع الأول بعينه تطرق الجهل إلىٰ ثمنه لما نقص منه شيء مجهول فلم يدخلا علىٰ الجهل أولا فصح، كما إذا وجد عيبا بالمبيع وحدث عنده آخر فأخذ أرش الأول، فإن استحق من الصفقة نصفها فقولان: بالنظر إلىٰ أنه جل الصفقة فقد يتضرر المشتري بذلك فهو كالأكثر. وفي النظر إلىٰ أنه ليس الأجل فلا تبعية وهو المذهبُ.

قوله: (كان له رد جميع النخل خاصة)(١). كان ينبغي، علىٰ ما تقدم من أن يسير الاستحقاق في العقار لا (ينضم) كما لا تغيره حوالة الأسواق، ألا يرد ذلك لكن هذا بالنظر إلىٰ أن المستحق من النخل أكثره لا إلىٰ الصفقة كلها وإن كان (.) ليس وجه الصفقة، وبالنظر إلىٰ أنه بين جميع الصفقة يسير فلا تفسخ الصفقة ويتمسك بما فيها، وهذا هو الجاري علىٰ الأصول.

قوله: (رد تلك الدار)(١). نظرا إلىٰ أن ما استحق منها أكثر.

قوله: (وإن كان وجه الدارين)(١). لأنه لما استحق وجه الصفقة صار الوجه في حكم الاستحقاق رد الدارين، لأنه لا يصح التمسك بالأخرىٰ لأنها أقل الصفقة.

---

(١) التهذيب (٤/١٦٩).




قوله: (فإن جهلاه)[١]. هذا صلح على الإقرار، ويجوز على الإقرار والإنكار، وعلى المعلوم والمجهول، وقولهم أنه في الإقرار بيع من البيوع ليس على إطلاقه بل في بعض المواضع، لأنه يجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه، مثل هذه المسألة أقر المدعى عليه بالحق ولم يعرفا قدره جاز الصلح، وليس بيع فلا يجوز الشُّفْعَة فيه لأنه لم يتقرر فيه بيع شيء معلوم فلو عرفاه بعد الصلح ورضيا بذلك ثمنا صار بيعا صحيحا وجازت فيه الشُّفْعَة، وإن علمه المدعي وأنكره الآخر، فقال الشَّافِعي: لا يجوز الصلح هنا لأنه أكل المال بالباطل لأنه اشترى يمينه.

وقال مالك: يجوز مخافة الحلف أو رد اليمين على المدعي مع عدم (.) بدينه، فإن تحقق المدعي أن له حقا حله له ما أخذ منه فيما بينه وبين الله سبحانه وإلا لم يحل له، ولا شفعة في ذلك لأنها مترتبة على العلم بالمبيع.

قوله: (وإن لم يسمه بطل الصلح)[٢]. لأنه لا عذر له في عدم التسمية مع دعوى العلم وصح الصلح مع عدم العلم منها ونظير ذلك ما شرط في بيع الجزاف من عدم علمهما ولم يجز مع [٢٠٢/ب] علم أحدهما بقدره دون الثاني لما فيه من القمار والخطر.

قوله: (وإن لم يعرفوه لم يجز)[٢]. لأن بيع المجهول لا يجوز، والصلح بيع فلابد من الإحاطة منها بجميع التركة مفصلة وإن كان فيها طعام لم يجز قبل قبضه.

قوله: (فالشُّفْعَة في الشقص الذي لا دعوى فيه)[٢]. لأنهما اتفقا على انتقال هذا الشقص من المنكر إلى المدعي في مقابلة سدس الدار، فلشريكه الشُّفْعَة فيه

---

(١) التهذيب (٤/١٦٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٧٠).

بقيمة سدس الدار لأنه ثمن الشقص.

قوله: (**ولا شفعة في الشقص المدعىٰ فيه**)(1). يعني سدس الدار لأنهما لم يتفقا علىٰ انتقاله إلىٰ المنكر بل المنكِرُ يدعي أنه يدل علىٰ ملكه.

قوله: (**لأن قابضه**)(1). أي الذي في قبضه وهو المنكر وإذا لم يثبت بيع فيه فلا شفعة لمن شرك فيه.

قوله: (**والقول قوله في قيمتها**)(2). لأنك مبتاع للشقص وبائع من الشفيع، لأنك هنا تصدق ولو ادعيت مالا يشبهه لأن الغالب فيما يؤخذ من الجاني علىٰ الجِنَايَة أقل من قيمتها فلا يعتبر الشقص (.) ولا يكلف صفتها، لأن ذلك لا يتوصل إليه إلا من قِبَلك فلا فائدة في وصفك إياها لأنه لا طريق إلىٰ الأمرين إلا أنت.

قوله: (**لأن مالكا قال**)(3). أي فكما أن القول قول المشتري هنا وهو البائع من الشفيع، فكذلك في الأولىٰ غير أنه هنا إن ادعىٰ ما لا يشبه بأن يقول: اشتريت بعض الدار بثوب مروي قيمته مائة دينار، والثوب المروي لا يساوي ذلك، فلا يلتفت فإن ادعىٰ الشفيع ما يشبهه كان القول قوله، وإن اتفقا علىٰ ما يشبه فقيل تسقط الشُّفْعَة، وقيل تصح ولكن بقيمة الشقص.

قوله: (**قال نعم**)(3). لأنه أنظر له من غيره ولأنه في حجره وقد جعل له مالك العقد عليها إن كانت بكرا ورأىٰ ذلك ولاية خاصة مقدمة علىٰ ولاية السلطان، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قال لمن أتاه بلقيط: «لك ولاؤه وعلينا نفقته»(4)، يعني

---

(1) التهذيب (٤/١٧٠).

(2) في التهذيب «والقول قولك في قيمتها» (٤/١٧٠).

(3) التهذيب (٤/١٧٠).

(4) الحديث رواه البيهقي في معرفة السنن، قال: «أخبرنا أبو بكر أحمد بن الحسن، وأبو زكريا بن=

بالولاء المولاة[١]، ويحتمل أن يجعل له الولاية بالنيابة عنه فتكون ولاية خاصة، أو قال لك ذلك بالالتقاط فتكون ولاية عامة وحيازته له أولىٰ من حيازة الأجنبي في لمسألة المشبهة بها، وإنما شبه بها علىٰ جهة الأولىٰ، وفائدة الحيازة في ذلك صحة الهبة (.) حتىٰ لا تبطل بموت الواهب أو قيام الغرماء عليه إلا أن فيها إشكالا وذلك أن من شرط الهبة قبول الموهوب له لكن لما كان الغالب أنه يقبل ذلك جاز.

قوله: (فلا قيام للشفيع ما دام العبد لم يفت)[٢]. لأنه علىٰ الرد إلىٰ المغصوب منه ما لم يفت، فيكون البيع غير منعقد لأن العوض المعين إذا استحق انفسخ البيع لأن العقد إنما وقع علىٰ عينه لا علىٰ الذمة فإذا فات العبد مضىٰ بالقيمة يوم الغصب، فمن حينئذ تجب الشُّفْعَة بقيمة العبد. قال مالك: كل بيع فاسد مجمع علىٰ فساده فإنه يفسخ قبل الفوت وبعده وإمضاؤه إذا فات بالقيمة فسخ في الحكم، لأنه فيه إبطال للثمن فلا تناقض بين القولين، قال وكل ما كرهه الناس فيفسخ قبل الفوت ولم يفسخ مطلقا كالأول.

قوله: (فإن كان فوتا يجب علىٰ الغاصب قيمته)[٢]. يعني بالموت، وأما حوالة السوق أو طرو عيب فلا يفوت بذلك بخلاف البيع الفاسد.

قوله: (يوم شرائه الدار)[٣]. لأن العبد هو (.) فاعتبرت [٢٠٣/أ] قيمته يوم

= أبي إسحاق، وأبو سعيد بن أبي عمرو، قالوا: حدثنا أبو العباس الأصم، أخبرنا الربيع، أخبرنا الشَّافِعي، أخبرنا مالك، عن ابن شهاب، عن سنين أبي جميلة، رجل من بني سليم، أنه وجد منبوذا في زمان عمر بن الخطاب، فجاء به عمر بن الخطاب، فقال ما حملك علىٰ أخذ هذه النسمة؟ قال: وجدتها ضائعة، فأخذتها، فقال له عريفي: يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح قال: كذاك؟ قال: نعم قال عمر: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته» كتاب إحياء الموات، باب التقاط المنبوذ.

(١) كذا بلا ألف، لعله أراد الموالاة.

(٢) التهذيب (٤/١٧١).

(٣) في التهذيب «يوم اشترىٰ به الدار» (٤/١٧١).




الشراء كما لو كان له أولا.

قوله: (فالشراء جائز)[1]. الفرق أن الدراهم والدنانير لا تتعين على المذهب، وإن عينت فإذا اشترى بها فالشراء إنما هو على ذمته فلزمت الشُّفْعَة فيه بالثمن.

قوله: (وإن وجد المغصوبة منه بعينها بيد البائع)[2]. يظهر من هذا أنها تتعين، ولنا في هذه المسألة قولان: إذا وجد المغصوب منه دراهم أو دنانير له بيد الغاصب فهل له أخذها بعينها أو مثلها؟ فوجه المثل أنها لا تتعين، ووَجْه الأَوَّلِ أن مال الغاصب حرام، فإن قلت أن الحل والحرمة لا تتعلق بالأعيان بل نتأول ذلك، فالجواب: أن الغاصب كالمفلس لا يجوز أخذ ماله ولا معاملته إلا بالمحاصة فلذلك امتنع من أخذ ماله، لا لأن الدراهم تتعين ولا لأن الحلية والحرمة يتعلقان بالأعيان. وقد استخرج من قول ابن القاسم فيمن سلم دراهم إلى أجل ثم قايله فإن له أن يأخذ دراهمه بعينها، أنها تتعين. ويمكن أن يقال إنما قال ذلك لأن الإقالة مبنية على المعروف فرأى أن يرد نفس الثمن لئلا يخرج عن المعروف إلى المبايعة فلا يجوز بيع معين على أنه في الذمة سوى الدنانير والدراهم لأنها لا تتعين، ولا يجوز في غيرها لأنه لا يجوز بيع ما ليس عندك إلا في السلم.

قوله: (فالمبتاع مُدّع)[3]. لأنه ادّعَى ما الأصلُ خلافُه فكان عليه البيان، ومن ادعى ما هو الأصل فالقول قوله فلذلك كانت البينة على المدعي واليمين على المنكر، لأن البراءة هي الأصل.

قوله: (فإن كان ممن يتهم أحلف وإلا فلا)[4]. لأن الغالب للإسلام السلامة

---

(١) التهذيب (٤/١٧١).

(٢) في التهذيب «فإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع» (٤/١٧١).

(٣) التهذيب (٤/١٧١).

(٤) في التهذيب «وإلا لم يحلفه» (٤/١٧٢).

من الممنوع شرعا، ولنا في يمين التهمة قولان: أحدهما لا يتجه وأن الدعوىٰ لا تسمع إلا إذا كانت جازمة.

قوله: (فباع أحدهما نصفها بعينه)[1]. يعني أنه إنما له نصفها مشاعا، فإذا باع نصفها معينا كأنه قسم ذلك دون إذن شريكه وباع ما صار له، فلشريكه نصف ما باع لأنه باعه عليه بيع فضولي فيتوقف علىٰ إجازته، فهذا الشريك بين أمور: إما أن يرضىٰ بتلك القسمة فيأخذ النصف الباقي، أو لا يرضىٰ بل يرضىٰ ببيع شريكه لما باع عليه ويأخذ ثمنه، أو لا يرضىٰ فيبقىٰ له نصف المبيع ونصف الباقي، ويكون المبتاع مخيرا في الرجوع علىٰ من باع منه لأنه قد استحق نصف صفقته، فإما أن يشفع علىٰ المبتاع فيصير له ثلاثة أرباع الدار أو لا يشفع، وإما أن يقتسما الدار من أول وهلة فإن صار للبائع النصف الذي باع صح البيع، وإن صار له بعض ذلك كان للمبتاع الرجوع بما استحق من الصفقة.

قوله: (أفلا يقاسم)[1]. كأن السائل يقول: كان ينبغي ألا يخير علىٰ فسخ البيع حتىٰ تقسم الدار، فإن خرج للبائع النصف الذي باع صح وإلا فحينئذ يفسخ. ولنا في ذلك قولان:

أحدهما: يفسخ البيع لأنه باع علىٰ غرر؛ لأنه يمكن أن يخرج له في القسمة ذلك وغيره فرجع البيع أولا علىٰ جهالة فلم يجز، وإنما صح عند الإجازة؛ لأنه امتنع لحق آدمي.

الثاني: إنما يقتسمان الدار أوّلا، فإن خرج له ذلك النصف صح البيع.

قوله: (والنخل بين الرجلين)[1]. لا شفعة فيها كما جاء لا شفعة في محال النخل، أي في نخلة واحدة لأنه ليس بينهما أرض مشتركة فصارت كالعين والبئر

---

(١) التهذيب (٤/١٧٢).

لا شفعة فيهما وإن كانت أرضا مشتركة حتى يكون ذلك تابعا لأرض أخرى.

قوله: (ومن تزوج)(١). هذه مسألة من باب الأيمان بالطلاق [٢٠٣/ب] وقعت في الشُّفْعَة، لأن المدونة مختلطة.

قوله: (ثم طلق الثانية)(٢). إذا كان الطلاق للثانية باختياره فقد آثر الأولى عليها فتطلق الأولى بالحنث، وأما لو ملكها الطلاق أو حلف بالطلاق إن فعلت كذا ثم طلقت نفسها وفعلت المحلوف عليه فلا إيثار لأن الطلاق وقع من قبلها فلا تطلق الأخرى.

قوله: (حبس أحدهما نصيبه)(٣). لا يخلو أن تكون الدار مما يقسم أوْ لا؛ فإن كانت مما لا يقسم لم يجز له تحبيس حظه إلا بإذن شريكه، فإن فعل ذلك بغير إذنه فله الخيار في إجازة الحبس أو رده، لأنه يدخل عليه بذلك ضرر؛ لأنه لا يجد من يبني معه ولا يبيع منه متى اختار ذلك، لأن المحبس يقول: ليس علي ملكه إذ لا يجوز لي التصرف فيه، والمحبس عليهم ليس لهم إلا الانتفاع فقط.

وكذلك لو كان لأحدهما العلو وللثاني السفل لم يجز لأحدهما أن يحبس ما له إلا بإذن صاحبه لما في ذلك من الضرر بما ذكرنا لأن لصاحب العلو على الأسفل أن يبني الأسفل ويصلحه متى احتاج إلى ذلك، وعلى صاحب العلو مثل ذلك لئلا يسقط العلو فيضر ما تحته.

وإن كان مما يقسم فله ذلك فمتى تضرر قسم، إلا أن في القسمة في ذلك

---

(١) التهذيب (١٧٣/٤).

(٢) قال في التهذيب «ومن تزوج امرأة على امرأة له أخرى، فحلف للأولى بطلاق الثانية إن آثر الثانية عليها، ثم طلق الأولى، فإن الثانية تطلق عليه، لأنه لما طلق الأولى فقد آثر الثانية عليها». (١٧٣/٤).

(٣) التهذيب (١٧٣/٤).

إشكال: فإن قلنا أنها تميز حظه فلا إشكال، وإن قلنا أنها بيع أشكل الأمر لأن في ذلك بيع المحبس، وقد اختلف في الحبس على ملك من هو؟ فقيل: على ملك المحبس. وقيل: على ملك المحبس عليهم. وقيل: لله تعالى.

قوله: (فليس للذي حبس ولا للمحبس عليهم أخذه بالشُّفْعَة)[١]. أما المحبس عليهم فلأنهم إنما يملكون المنفعة والشُّفْعَة لمن يملك الرقبة لأنها لإزالة الضرر في الرقاب، وأما المحبس فلأنه إنما شرعنا الشُّفْعَة لإزالة الضرر مع الشفيع بنفسه لا لغيره، وهو لو شفع فإنما يشفع لغيره ولا يتضرر بذلك. وقد احتج مالك على صاحب أبي حنيفة بقوله هذه أحباس رسول الله صلى الله عليه لا يؤخذ منها إلا الزكاة يعني نخلا بالمدينة[٢]. ولا تؤخذ الزكاة إلا من (مملوك) فدل على أنها على ملك المحبس.

قوله: (إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأولى)[٣]. أي إن أخذ ذلك لحبسه لم يجز فإن التزم أن يحبس ذلك صح أخذه بالشُّفْعَة وكأنه اغتفر ذلك لما في الحبس من القربة فجوز له أن يشفع.



(١) التهذيب (١٧٣/٤).

(٢) الحديث تقدم توثيقه.

(٣) في التهذيب «نصيبه الأول» (١٧٣/٤).

كتاب القَسَم(١)

وهي على ثلاثة أضرب:

أحدهما: على جهة التراضي؛ وهذه بيع تجوز في الجنس الواحد وفي الأجناس.

والثاني: قسمة تقريع وتعديل؛ وهي التي بالقرعة وفيها قولان: هل هي بيع أو تمييز حق؟ والمذهب يضطرب تارة يفرّع على هذا وتارة على هذا، وهي جبرية لأنها شرعت لفصل الخصومة ولا تكون في المكيل والموزون لانقسام ذلك بسهولة.

والمذهب أنها لا تكون إلا في الجنس الواحد كالأرض أو الشجر؛ لأن في الجنسين يزيد الخطر باختلافهما، أما الجنس الواحد فكان ينبغي ألا تجوز فيه لأن الأغراض قد تختلف في أجزاء الجنس الواحد بالقرب والبعد من موضع ما يكون لأحدهم هناك وبالجار الصالح وعكسه.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بجوازها في المختلفة أيضا، ولا دليل في كونها جبرية على أنها ليست بيعا؛ لأن البيع قد يكون جبريا كالشُّفْعَة وبيعِ الحاكمِ.

والثالث قسمة المهايأة؛ وهي المنافع خاصة، {مثل} أن يسكن أحدهم دارا والثاني غيرها مدة ما.

وأصل القسمة قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ﴾ [النساء: ٨]، وفي القرعة قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١]، [٢٠٤/أ] وقوله: ﴿أَيُّهُمْ

(١) هكذا في النسخة، والظاهر أن يكون كتاب القسمة.

يَكۡفُلُ مَرۡيَمَ ﴾ [آل عمران: ٤٤]، وشرعُ من قبلنا شرع لنا، أما إذا نسخ فلا، كما أن شرعنا إذا نسخ فلا يكون شرعا لنا فذلك أحرىٰ.

قوله: (ومن باع من رجل مورثه)(١). هذه المسألة من البيع ذكرها في القسمة علىٰ حكم الاختلاط في الكتاب.

قوله: (وإن لم يسميا)(١). أي لا تضر عدم التسمية مع المعرفة بذلك.

قوله: (وإن جهلاه)(٢). لأنه لابد أن يكون البيع معلوما، بخلاف الهبة والصدقة تصح بهما في المجهول.

قوله: (أو أحدهما)(٣). بخلاف الصلح علىٰ الإنكار لأن ذلك ضرورة.

قوله: (فباع كل واحد نصيبه)(٣). هذه من القسمة لأن (.) تميز بعد الشياع، وكذلك هنا قد صار حظ كل واحد معينا له بعد الاشتراك في كل جزء.

قوله: (كما لا يجوز صلح الزوجة علىٰ موروث لها)(٤). أي لا تصالح بذلك علىٰ الورثة، ويجوز مع الورثة لأنها تأخذ بعض حقها وتسقط بعضه لهم.

قوله: (لا يجمع بين رجلين في القسم)(٤). لأن المراد في القسمة فصل الخصوم، وإذا كان اثنان في سهم فلا فصل لأنهما يحتاجان إلىٰ قسم آخر فإذا كان ذلك بالتراضي جاز في البيع.

قوله: (ممرا في داره)(٤). لابد أن يكون له فيه منفعة مثل أن يتوصل به إلىٰ

---

(١) التهذيب (٤/١٧٥).

(٢) في التهذيب «وإن جهله أحدهما أو كلاهما» (٤/١٧٥).

(٣) التهذيب (٤/١٧٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٧٦).

منزله، وإلا لم يجز بيعه لأن شراء ما لا ينتفع به من أكل المال بالباطل.

قوله: (**وإن لم تنصّب الحدود**)[1]. أي تصح القسمة وأن يفصلوا بين السهام بفواصل.

قوله: (**فإن كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها والتشاح فيها سواء**)[2]. هذه قسمة القرعة، وصفة العمل أن يقوم المال المقسوم أولا ثم يقسم على سهام الفريضة، وإنما قوّم أولا لتعدل السهام بالقيمة لأنه قد يكون بعض الملك أفضل من بعضه فتعدل السهام بالقيمة، ثم يقرع على جهة ما فمن أخرج اسمه أولا أعطاه من تلك الجهة فإن كان له سهم واحد أخذه، وإن كان له سهمان أضاف إليه السهم الذي يليه فإن بقي وارث واحد كان الباقي له أو ورثان استأنف القرعة ثانيا لمن يأخذ أولا.

قوله: (**وإن اختلفت مواضعها قسمت كل دار على حدة**)[3]. لأنه بالاختلاف يكثر العدد وتدخله المخاطرة، بخلاف الجنس الواحد لأن أقسامه حينئذ متقاربة، وإذا اتفقت الديار وتقاربت مواضعها صارت كالدار الواحدة يكمل سهم من أخذ من الأول بما له من الثانية كما في الدار الواحدة.

قوله: (**وإن تشاح الورثة في دار من دور الميت كانوا يسكنونها**)[3]. إنما كان لهم هنا مقال لأن عادة الناس أن يرغبوا في سكنى موروثهم لا سيما إن كانوا قد بنوا فيها، فتصير هذه الدار مخالفة لسائر الدور فتقسم على حدة.

قوله: (**والميل ونحوه بين ذلك قريب**)[3]. أي هذه المدد لا تخرج به عن

---

(١) التهذيب (٤/١٧٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٧٧).

(٣) في التهذيب «والميل وشبهه بين ذلك قريب» وفي نسخ أخرى «والميل وشبه ذلك قريب» (٤/١٧٨).

أن تكون جنسا واحدا بخلاف اليوم فإنه كثير ، وهذا إنما يكون بين القرىٰ أما بين الديار في البلد فالاختلاف حاصل بنصف الميل(١).

قوله: (وأما الأشجار فإن كانت مختلفة)(٢). جازت هنا قسمة القرعة في الأشجار المختلفة للضرورة ، إذ لو قسمت الأشجار علىٰ انفراد والأرض علىٰ انفراد لأدىٰ إلىٰ أن تخرج أشجار بعض في أرض آخر ، فجعلت تابعة للأرض وصارت كالجنس الواحد ، فيقسم علىٰ أقل سهم في الفريضة بالقيمة وتعدل بها حتىٰ تكون الشجرة مع أرضها تعدل الأشجار ، فإذا كملت الأرض أسداسا وأثمانا كتبت أسماؤهم في بنادق من طين ، ثم أمر شخص يرمي كل بندقة علىٰ كل قسم ثم ينظر ، فإن خرج [٢٠٤/ب] في البندقة من له سهم فقط أخذه ، فإن خرج من له سهام جمع له علىٰ التوالي ولا يفرق لأن القصد إنما كان رفع الخصومة.

قوله: (كالحائط فيه البرني والصيحاني والجعرور وأصناف التمر)(٢). هذه جنس واحدة بخلاف ما تقدم وإنما اختلفت الأصناف بالجودة والرداءة.

قوله: (والعيون في الغزر)(٣). أي كثرة الماء.

قوله: (ولا يقسم مجرىٰ الماء)(٤). لأن في ذلك ضررا ، ومن دعىٰ في القسمة إلىٰ ضرر فلا يلتفت قوله ، ولو قسم المجرىٰ لحصل منه لمن سهمه قليل موضعٌ ضيق لا يصل فيه من الماء ما يروي زرعه وموضع البيع لا ينقسم فكان الوجه تركه مشاعا.

---

(١) هذا النقل ذكره الزرقاني في شرحه علىٰ مختصر خليل وحاشية البناني عن كتاب التقريب علىٰ التهذيب. (٦/٣٥٥).

(٢) التهذيب (٤/١٧٩).

(٣) وفي نسخ أخرىٰ «في الغور» التهذيب (٤/١٧٩).

(٤) التهذيب (٤/١٨٠).

والقلد[١] عبارة عن الآلة التي يقسم بها الماء وهي قدر كبيرة يثقب أسفلها ضيقا جدا، وتنصب علىٰ ماجور كبير ويجعل فيها الماء من طلوع الفجر إلىٰ طلوع الفجر بعده، فما حصل من المأجور من ذلك ثقب قسم بين الورثة علىٰ حسب الفريضة فيكون لكل واحد من ماء العين تلك النسبة فيقتسمون (.) بالساعات أو الأيام كيف شاؤوا، ويعطىٰ في كل يوم وليلة قدر تلك الأرطال التي له من الماء في ساقي إن تشاحوا.

قوله: (وكل شركاء في قِلْدٍ)[٢]. يَبيعُ احدهم نصيبه منه فشركاؤه دِنيَةً أحق بالشُّفْعَة فيه دون سائر شركائه في الماء والدنية بين أهل وراثه يتوارثون دون شركائهم.

هذا كما تقدم في الورثة إذا باع بعض أهلِ سهمٍ كالثمن أو الثلث حظَّهُ، فالباقون أحرىٰ بالشُّفْعَة حتىٰ لا يدخل سائر الورثة عليهم في ذلك السهم المسمىٰ لهم بالشرع.

قوله: (فلا شفعة فيه)[٢]. لأنه إنما تصح فيه بالتبع للأرض كالأشجار لولا تبع الأرض ما صحت الشُّفْعَة فيها، وفي الحديث: «لا شفعة في بئر ولا في طريق ولا فحال نخل»[٣].

قوله: (لا يقضىٰ علىٰ الغائب في الدور)[٤]. أما القريب الغيبة فلا يقضىٰ عليه مطلقا لأنه كالحاضر، وأما البعيد فيقضىٰ عليه فيما عدا العقار، وقال أشهب: يقضىٰ عليه مطلقا، وقيل الموضع الذي توقف مالك فيه: أن يقام علىٰ الغائب

(١) انظر تفصيله عند قوله: بالقلد. في كتاب الشفعة.

(٢) التهذيب (٤/ ١٨٠).

(٣) الحديث تقدم تخريجه.

(٤) التهذيب (٤/ ١٨١).

بدين وله عقار وذلك أن بيع الحاكم عليه لا ينقض وإن كانت للغائب جهة، وأما إذا استحق شيء من عقاره فيقضى عليه لأنه إذا أتى بحجة رجع في عقاره ولو تداولته الأيدي، ولا يقضي الحاكم للغائب إلا إذا ضاع ماله فهذا من حفظ مال المسلمين، ويجب على كل أحد إذا قدر على حفظ مال المسلم وليس بحكم له.

قوله: (مثل الأندلس)[(١)]. أي من الدنية.

قوله: (لا يقيم القاضي لغائب أو لطفل وكيلا)[(٢)]. وقيل يجوز أنه إذا قام له وكيلا ينظر له ويقوم مقامه فلا يبقى للغائب إذا قدم حجة {وَجْه الأَوَّلِ} كما لو باشر هو الخصومة وكذلك الصغير إذا كبر، ووَجْهُ الثَّانِي أن الوكيل إذا اجتهد في أمره واستقصى حقوقه لم يطرأ عليه حيف إذ لا يترك حجة إلا يأتي بها.

قوله: (فلا تقسم الثمار مع الأصل)[(٣)]. قد ثبت أنه يجوز بيع التمرة قبل بدو الصلاح تبعا للأرض، وإنما امتنع هذا لبيع الطعام بالطعام من جنس متفاضلا وجعل القسمة هنا بيعا.

قوله: (ولو كان بلحا)[(٤)]. يعني أنه الآن علف لا طعام لأنه يجوز فيه التفاضل الآن لوجد كما هو، ولكنه لما آل إلى الطعام حكم له بحكمه وليس مثله من كل وجه لما قلنا، ولا يجوز بيع ذلك بطعام إلى أجل لأنه يؤول إلى الطعام. وجوز سحنون هذه القسمة لأنها ليست بيعا بل هي تمايز للحظوظ وكذلك لا رجوع في ذلك (.) البتة، ولأن ذلك ليس الآن بطعام.

قوله: (ولا يقسم الزرع مع الأرض)[(٤)]. لأنه طعام كما تقدم.

---

(١) التهذيب (٤/١٨١).
(٢) في التهذيب «ولا يقيم الإمام لغائب أو طفل» (٤/١٨١).
(٣) في التهذيب «فلا يقسموا الثمر مع الأصل» (٤/١٨١).
(٤) التهذيب (٤/١٨١).




قوله: [٢٠٥/أ] (**لا يقسم الزرع**)[١]. هذا دين للجهل بالتماثل وهو كتحقيق التفاضل، وكذلك بالمدارعة أي دراعا من أرض بدراع منها.

والقت: الرطب بقرب حصاده.

قوله: (**كان الزرع أقل من ثلث قيمة الأرض أو أكثر**)[٢]. أي يجوز بالتبع وإن كانت قيمته أضعاف قيمة الأرض؛ لأنه ليس بمقصوده، بخلاف الشجرة في الدار يستأجرها لمدة فلا يجوز حتىٰ يكون أقل من ثلث الكراء، لأنها تكون مقصودة بخلاف بيع الدار فيها الشجرة.

قوله: (**فلا يقسم بالخرص**)[٢]. {لما فيه من الجهل بالتماثل.

قوله: (**قسّم بينهم بالخرص**)}. هذا للضرورة، ولأن القسمة أيضا تميز للحظوظ لا بيع في الحقيقة، وهذا شيء أخذ فيه مالك بعمل المدينة في قسمة التمر والعنب خاصة بالخرص في هذا النوع عند اختلاف الحاجة.

قوله: (**إن وجدوا من يعرف الخرص**)[٢]. لابد من هذا، وإلا انتظروا بينة أو باعوه أو جذوه رطبا.

قوله: (**وعلىٰ كل واحد سقي نخله**)[٢]. جعل ابن القاسم السقي للأصول، والتمرُ تابعٌ فالسقي عنده علىٰ رب الأرض، وقال سحنون: بل السقي علىٰ من له التمرة لأن السقي[٣].

قوله: (**ولا يقسم البقل**)[٤]. هذا المَذْهَبُ، ولمالك قول ثان: يجوز القسمة

(١) يريد قوله «ولا يقسم الزرع الذي طاب فدادين ولا مذارعة ولا قتا» التهذيب (١٨٢/٤).
(٢) التهذيب (١٨٢/٤).
(٣) هكذا في النسخة، والظاهر أن المعنىٰ غير تام.
(٤) التهذيب (١٨٣/٤).

بالخرص في البقول والفواكه أيضا رجع عنه ولا يبطل {العمل} بما رجع عنه، لأن ذلك قد يكون عن تعارض دليلين، وقد تقدم أن التمر والعنب يخرص في الزكاة، وفي (.) قولان، ولا خرص في سوى ذلك لا يستعمل على وجه التفكه ويؤكل أخضر.

قوله: (لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما)[(١)]. أي عمل أهل المدينة على قسمتها بالخرص دون ما عداهما.

قوله: (فدان كراث بفدّانَيْ كراث)[(٢)]. هذا طعام غير ربوي فيجوز بيعه متفاضلا يدا بيد بشرط أن يعلم التماثل أو التفاضل، فإن جهل ذلك لم يجز لأن الجهل بذلك يؤدي إلى الخطرِ والغرَرِ فلا يجوز.

قوله: (إلا أن يجد الجميع). لأن في تركه بيع طعام بطعام غير يد بيد.

قوله: (بثمرة مخالفة لها). أي متماثلا ومتفاضلا لقوله: «إذا اختلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ»[(٣)].

قوله: (لم يجز). لربا النسيئة، ولو كان من جنسين امتنَع لأمرين: النَّساءُ، والجهل بالتماثل لأنه كتحقيق التفاضل.

قوله: (وتفرقا قبل الجذ، لم يجز). لو باعها بعرض أو عين جاز ذلك، وأما بالطعام فهو أضيق وكان ينبغي أن يجوز أيضا لأن بيع ما على الشجر إنما هو جزاف وما بيع جزافا فالقبض فيه بالعقد، ولكن ما يباع جزافا على ضربين: أحدهما لا حقَّ توفيةٍ فيه فيقبض بالعقد، وما فيه توفيةٌ فيقبض بالعقد كهذا، إلا

(١) التهذيب (٤/١٨٣).

(٢) من هذا إلى قوله: (فذلك جائز) كله من التهذيب (٤/١٨٤).

(٣) الحديث تقدم تخريجه.




أن على البائع سقي التمرة ما بقيت على رؤوس الشجر وذلك حق توفية.

قوله: (فذلك جائز). لأنه ليس في ذلك طعام بطعام بل هو أصول بأصول أو أصول وتمرة بأصول بالربوي من الجهة الواحدة فلا يضر. وعبر عن الحرام بـ«لا خير فيه» تحرزا من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ﴾ [النحل: ١١٦]. وأراد أن التمر غير المؤبر يكون للمبتاع بالعقد، فإن أُبِّر كان للبائع إلا أن يشترطه المبتاع.

والتأبير عبارة عن انشقاق الكيزان في النخل، وإن لم {يلزم} تأبير؛ لأنها حينئذ تُؤبر غالبا، فإذا اشترط أحدهما تمرة الثاني جاء من ذلك أصول وتمرة بأصول وتمرة، وفي ذلك بيع الطعام بالطعام غير يد بيد وإذا لم يشترطا بقية التمر في كل بيع على ملك بائعه، أجاز محمد بن مسلمة ذلك وجعل التمرة تابعة للأصول كما يجوز عبد له مال بعبد له مال على جهة التبعية اتفاقا، ووَجْهُ المَذْهَب ضيق الطعام [٢٠٥/ب] بالطعام.

قوله: (وإن لم يشترط الآخر شيئا جاز)[1]. لأنه يبقى على ملك بائعها فلا يكون في ذلك الأصول وتمرة بأصول.

قوله: (وإن لم تؤبر)[1]. يريد أنه ممنوع أيضا لأنه بين أمرين: إما أن يستثنيها البائع من المبيع وذلك لا يجوز لأنه يشبه استثناء الجنين في البيع ولا يجوز اتفاقا، إلا في صورة وهي أن يعتق حمل أمته وعليه دين (.) فالمذهب أنها تباع مع الحمل ويبطل العتق (.) تباع ويستثنى الجنين للضرورة، وهذا كله تفريع على أن المستثنى مبيع ومردود.

وأما لو فرع على أنه (.) لجاز ذلك كله، وإن لم يستثنه ففيه بيع الطعام

(١) التهذيب (٤/١٨٥).

بالطعام غير يد بيد، لأن هذا يؤول إلىٰ الطعام، وكان ينبغي أن يجوز هذا في القسمة باعتبارها تميز حقٍ لا بيع، لكن جعلها هنا بيعا فلم تجز قسمة الأصول بثمرتها ولا جائحة في قسمة التمرة وحدها لأنه جعل ذلك تمييزا لا بيعا.

قوله: (إذا كان مخالفا)(١). لأنه إن كان من جنسه دخله المزابنة؛ وهي بيع معلوم بمجهول من جنسه.

قوله: (علىٰ أن يجذاه مكانهما)(٢). لأن الزرع لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه إلا علىٰ القطع، وجاز البيع هنا بالخرص لأنه في الحال غير طعام، وإذا جوز ذلك للضرورة فيما هو طعام في الحال ما جرىٰ في هذا.

قوله: (إن كان يستطيع أن يعدل بينهم)(٢). وإلا لم يجز لما يدخله من الخطر فلا بد ممن يعرف الخرص.

قوله: (وكذلك القضب والتبن)(٢). لأنهما يختلفان فيصح التفاضل لكن لابد من العلم بالتماثل أو التفاضل مخافة الغرر.

قوله: (فإن ترك الزرع)(٣). أما إذا عقدا علىٰ التبقية فهو فاسد وإن قطع الآن قبل بدو الصلاح لأن الفساد في العقد. فإن باعا وسكتا ثم قطع أيضا فهو فاسد لأن العرف في ذلك التبقية، والعرف كالشرط، أو لأن شرط الصحة القطع ولم يوجد.

قوله: (انتقض القسم)(٤). لأنه بيع ولم يجعله تميزا لأنه علىٰ هذا يجوز.

قوله: (وليرد الذي حصد قيمة ذلك)(٥). أي حشيشا علىٰ القطع وإن حصده

---

(١) في التهذيب «إن كان الطعام مخالفا» (٤/١٨٥).
(٢) التهذيب (٤/١٨٥).
(٣) في بعض النسخ «التبن» التهذيب (٤/١٨٥).
(٤) التهذيب (٤/١٨٥).
(٥) في التهذيب «قيمة ما حصد» (٤/١٨٦).




بعد أن تحبب ولم يفت فيرد مكيلته أو قيمته إن فات.

قوله: (والبلح الكبير كالبسر)[1]. حكم له لقربه من البسر بحكمه في منع التفاضل، وليس مثله من كل وجه لأن البسر يجوز بيعه {على التبقية ليس كذلك البلح لا يجوز بيعه} إلا على القطع، وحكم له أيضا بحكم البسر في جواز قسمته بالخرص فمن دعى إلى القسمة منهم قبل بدو الصلاح لاختلاف الحاجة منع، لأنه يتعذر بيع حظه على القطع بخلاف من دعا إلى ذلك بعد بدو الصلاح، لأنه هنا يمكنه بيع حظه من كل أحد.

قوله: (فهو قبض فيه)[2]. يعني أن التحلية فيه قبض، لأنه لا حق توفية فيه وكذلك ما يباع من التمر بعد بدو صلاحه على التبعية هو في حكم المقبوض، ولذلك يجوز لمن اشتراه أن يبيعه وأما وضع الجائحة فيه فلا يدل على خفائه في ملك بائعه.

قوله: (أو ثلاثة أيام)[2]. لأن ذلك يسير فهو في حكم المحدود.

قوله: (بطل القسم)[2]. لأنه بيع له قبل بدو الصلاح.

قوله: (لم يبطل القسم)[2]. لأنه يجوز بيعه على التبقية هنا لبدو الصلاح، ومع ذلك لو شرط التبقية إلى أن يتم فهل يكره أو يحرم قولان. وذلك أنه إذا شرط أخذه تمرا (.) هو لم يقبضه بعْدُ ولازال من ضمان بائعه ويلزمه أن يسقط عنه ما يَطْرَؤ فيه من جائحة فكأنه قد زاده في التمر في مقابلة ما [٢٠٦/أ] ما التزم من حط الجائحة عنه، ولا يجبر البائع إذا لم يشترطا التبقية عليها بل يجبر المشتري على أخذ التمرة شيئا فشيئا.

---

(١) اختصر عبارة التهذيب، وأصلها «والبلح الكبير إن اختلفت حاجتهما فيه في أن يأكل هذا بلحاً، ويبيع الآخر بلحاً، جاز قسمه بالخرص، وهو كالبسر في تحريم التفاضل فيه» (١٨٦/٤).

(٢) التهذيب (١٨٦/٤).

قوله: (ولا بأس بقسمة البسر والرطب)[1]. في ذلك ثلاثة أقوال:

المذهب الجواز مطلقا نظرا إلىٰ التماثل في الحال.

وقيل: لا يجوز نظرا إلىٰ التفاضل مآلا إذا يبس، وهو لابن الماجشون، وهذان القولان في اللحم باللحم.

وقيل: إن كانا من تمرة واحدة جاز لأن الغالب استواءهما في النضج، وإن كانا من تمرتين لم يجز وينبغي في في لحم شاة واحدة.

قوله: (لا بأس بقسمة البلح الصغير علىٰ التحري، وإن لم تختلف حاجتها)[2]. هذا غير طعام في الحال فجاز فيه التفاضل بخلاف الكبير، لأن ذلك قريب من البسر ويشترط في بيع الشيئين من جنس واحد غير ربوي أن يتحقق التفاضل أو التماثل دفعا للغرر كالتراب بالتراب.

قوله: (حتىٰ صار بلحا كبيرا)[3]. لأنه في حكم البسر كما تقدم فإن قسماه أولا علىٰ تفاضل بطل لأنه تبين أنهما اقتسما بلحا كبيرا بتفاضل، وإن قسماه علىٰ تساو ووجدا التفاضل لما (.) بلحا كبيرا فسد أيضا لما آل إليه من الفساد.

قوله: (وإلا لم ينقض)[3]. إذ لم يؤد إلىٰ محذور لأنه بلح إلىٰ الآن ولا تفاضل بخلافه إذا أزهىٰ فيبطل القَسم لأن فيه بيع التمر قبل بدو صلاحه علىٰ التبقية.

قوله: (ولا يجوز قَسْم اللبن في الضرع)[4]. لأنه غير مرئي ولا يجوز القسم

---

(١) التهذيب (٤/١٨٦).

(٢) في التهذيب «ولا بأس بقسمة البلح الصغير بالتحري، علىٰ أن يجذاه مكانهما إذا اجتهدا حتىٰ يخرجا من وجه الخطر، وإن لم تختلف حاجتهما إليه» (٤/١٨٦ ـ ١٨٧).

(٣) التهذيب (٤/١٨٧).

(٤) في التهذيب «في الضروع» (٤/١٨٧).

بالتحري إلا في معين، أو أراد أن يأخذ أحد الشريكين نصف الغنم يحلبها لنفسه والآخر النصف الثاني فلا يجوز للخطر إذ يحتمل أن يكون أحدهما أكثر من الآخر، فإن تبين التفاضل مثل أن يأخذ هذا خمسا وهذا ستا أو أكثر على أن يحلب كل واحد لنفسه ويرجع على صاحبه إن هلكت الغنم التي أخذ في اللبن الذي عنده فهذا جائز في المذهب على المعروف، لأن أحدهما أسقط الزائد على صاحبه وليس هذا بيعا ولا قسمة، ومنع ذلك أشهب وسحنون للتفاضل، وأنه بيع ما لم يوجد وطعام بطعام غير يد بيد، أما لو كان اللبن المقسوم حاضرا فأجاز المذهبُ قسمتَه بالتحري على جهة المعروف، وكذلك اللحم باللحم، ومنعه أيضا أشهب وسحنون واتفقوا على تجويز ذلك في الصبرة يأخذ أحد الشريكين بالنصف ربعها ويترك {سائرها لصاحبه} وذلك معروف لا بيع ولا قسمة. وفرق أشهب بأنه بالصبرة لم يجعل ما أخذ في مقابلة ما ترك، وفي اللبن يقولان هذا في مقابلة ذا فتحققت المعاوضة.

قوله: (إن جزّاه الآن)[1]. لأن في التأخير بيع معين يتأخر قبضه، وبيع ما لم يوصف لأن الصوف يمني.

قوله: (إلى أيام قريبة)[1]. لأنه في حكم المقبوض.

قوله: (وإن أبى ذلك بعضهم)[1]. أي بعض الشركاء لأن هذه القسمة على جهة (الجبر فيما) تصح قسمته.

قوله: (إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده)[1]. هذا تقييد لجواز القسم في هذه الأشياء المختلفة، والقول الذي بعده مطلق بالجواز من غير تقييد، فللمذهب قولان: قسمة هذه الأشياء بالقرعة لأنه يراها

---

(١) التهذيب (٤/١٨٨).

صنفا واحدا لاجتماعها في منفعة البسر. ولأشهب قول ثان: أن كل ما يجوز تسليم بعضه في بعض من ذلك أو بيع بعضه ببعض متفاضلا إلىٰ أجل فهي أجناس مختلفة، فلا تصح هذه القسمة فيها لاختلاف الأغراض وكثرة الخطر. ولنا قول ثالثأن هذه الأشياء أصناف متعددة لاختلاف أسمائها ومنافعها فلا يجوز الجمع بينهما في القسم.

قوله: (كما يجمع الرقيق)[1]. الفرق أن [٢٠٦/ب] هذا صنف واحد، وأيضا فقد جعل المذهب في السلم العبد التاجر مخالفا لغيره من العبيد فجاز إسلامها فيه.

قوله: (ولا يجمع مع الأمتعة). لكثرة الاختلاف وتباين المنافع.

قوله: (الخيل والبرادين)[1]. لأنهما جنس رديء من الخيل والاكاديش منها ما تولد من (..) وهي البرادين.

قوله: (والبغال صنف والحمير صنف)[1]. لاختلافهما بالنسل إلا أنه جعلهما في السلم صنفا واحدا لا يسلم أحدهما في الثاني لاتفاقهما في منفعة الخيل[2]، فوجه ذلك أنه احتاط هناك لدفع الربا، واحتاط هنا لدفع الخطر الحاصل من قسم ذلك معا؛ لأن الأغراض تختلف فيهما.

قوله: (إلا بالتراضي)[3]. لما في ذلك لو قُسم مِنَ الفساد وتضييعِ المال، وإنما يجوز علىٰ ما لا تضييع مال فيه، ويعني بالساعدين ما يستر به الجندي يديه من الذرع والساقان ما يستر به رجليه من جلد وقد يكون بعضه من حديد وهي

(١) التهذيب (١٨٩/٤).
(٢) انظر المسألة في كتاب السلم الأول من التهذيب (٦/٣).
(٣) التهذيب (١٨٩/٤).

البراقات ويسمىٰ الدلكوش ولا ينتفع بذلك إلا بالمجموع.

قوله: (والغرارتان)[1]. لأنه قد ينتفع بكل واحدة لأنها عدل وكساء، بخلاف الخرج وكذلك المحمل لأنه (.) الركوب في جهة واحدة منها.

قوله: (وتقسم الجبنة)[1]. إذا أبىٰ أحدهم بيع حظه لأن قسمتها لابد منها.

قوله: (مضىٰ القسم)[2]. لأن الأصل عدم الغلط والأمر محتمل.

قوله: (ويحلف المنكر)[2]. لأنه مدعىٰ عليه فترجح جانبه، وقد اتفقا علىٰ وقوع القسم فإن ادعىٰ عليه العلم بالغلط حلف علىٰ القطع وإلا علىٰ العلم.

قوله: (إلا أن تقوم للذي يدعي بينةٌ)[2]. فيترجح جانبه، وكذلك إذا تفاحَشَ الغلطُ فهوَ كالبينةِ فينتقض القَسم.

قوله: (أو يأتي من رقم الثوب)[2]. يعني رسم شرائه عليه، ولا يوثق بذلك وحده حتىٰ يشهد بأنه ممكن ثم (ادعىٰ) صاحب الأربعة ثوبا من الستة لم ينقض القسم لأنهما اتفقا علىٰ وقوع القسم في الجميع والأصل عدم الغلط، ويعني بقسم الناس ألا يتفاحش الغلط.

قوله: (وحلف حائز الستة)[2]. لأنه مدعىٰ عليه والثوب في حوزه.

قوله: (فتكافأت)[2]. لأن التكافؤ في ذلك كالعدم لهما.

قوله: (وكذلك الغنم)[2]. أي قسمتها كقسمة الأثواب، وقيل في هذه المسألة أنهما يتحالفان وينقض القسم لأن ذلك بيع، فهو كاختلاف البائع والمشتري في الثمن والمثمون معا ولم يفت المبيع فيتحالفان ويتفاسخان، وقيل

---

(١) التهذيب (٤/١٩٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩١).

ينقض القسم بعد التحالف في الثوب الذي فيه الخلاف فقط إن كانت قسمته قرعة، وإن كانت قسمة تراض فلا يمنعقوله، لأنه يصح على التراضي أن يأخذ أحدهما ثوبا والثاني تسعة مثلا، قاله ابن عبدوس، وقال أشهب: لا يخلو أن يدفع إليه ذلك الثوب غلطا أو على جهة الوديعة، فإن قال: دفعته غلطا، لم يقبل لأن حوز المدعي له يرجحقوله والغلط نادر، [قوله][1] ولا يحلف له. وإن قال على جهة الوديعة لزمت اليمين صاحب الستة، فإن نكل لم يأخذه منه، وإن حلف أخذه، وإن تلف أخذ منه قيمته.

قوله: (وليس هذا كمن باع)[2]. الفرق أنهما في مسألة القسمة اتفقا على القسم في الجميع، وفي مسألة البيع اختلفا في انتقال الثوب العاشر، ولما اختلفا في غير البيع تحالفا أو تفاسخا ولو ادعى أحدهما في المسألة الأولى أنهما أقسما في العشرة والثاني في التسعة لكانت كمسألة البيع سواء، وليست كمسألة اختلاف المتبايعين في الثمن لأنهما اتفقا على النقل واختلفا في صفة النقل.

قوله: (بل اشتريت العشرة)[2]. فالمشتري يدعي أنه اشترى عشرة [٢٠٧/أ] بعشرة، والبائع يدعي أنه باع تسعة بعشرة، والمشتري يقول: اشتريت عشرة بعشرة، فإن كانت الثياب قائمة تحالفا وتفاسخا، وإن تلفت بأمر من الله فلا شيء على المشتري لأن تلف ذلك الثوب على ملك البائع، وفي ضمانه بإقراره، وإن فاتت فلا يفيتها حوالة السوق هنا لأن ذلك إنما يكون فوتا في البيع ولا بيع، فيرد ذلك الثوب وإن تلف بعد ذلك، فإن باعه كان البائع مخيرا في إجازة البيع وأخذ ثمنه أو يأخذ منه الأكثر من قيمة ذلك الثوب ومن ثمنه على عشرة بعشرة، وإن أعتق العبد نقض العتق وإن تعدى على ذلك، فإن كانت الجِنَايَة يسيرة رده مع

(١) ما بين المعقوفين ليس ترجمة من التهذيب، والصواب إسقاطه، والله أعلم.

(٢) التهذيب (٤/١٩١).

الأرش، وإن كانت كثيرة أو تلف جميعه فالبائع مخير في أخذ الأكثر من القيمة أو الثمن.

قوله: (فتداعيا بيتا منها)[1]. أي اتفقا على جهة القسمة إلا أنهما اختلفا بعد في بيت لمن صار منهما، فهذا اختلاف في عين المقسوم والقسمة كالبيع فيتحالفان ويتفاسخان إلا أن يختص أحدهما بحوزه أو يمينه فيصدق.

قوله: (حتي ترد اليمين عليه)[1]. أي لا يقضى فيه حتى ترد على المدعي فإما نكل أو حلف، وكل يمين ترد إلا يمين التهمة.

قوله: (ودفع إلى جانب صاحبه)[1]. أي أخذ من سهمه.

قوله: (ويفسخ قسم الساحة)[2]. لاختلافهما في عين المقسوم.

قوله: (وهو لا يجد طريقا إلا عليه، لم يجز)[2]. لأنها إن كانت القسمة بيعا فليست بيعا لأن من شرطه التسليم، وهو هنا متعذر، ولا تميز لأنه إذا لم يكن مميز فلم يقع تميز، وكل قسمة أحدثت ضررا لا تجوز لأنها {إنما} شرعت لإزالته.

قوله: (فلك أن تغرس مكانها نخلة)[2]. لأن الغرس ملك لك، وينظر أهل المعرفة إن أردت غرس شجرة أخرى فيما يكون مثل الأولى في انتشار العروق والأغصان، وبعض الشجر أضر بالأرض من بعض فالجميز كثير السريان تحت الأرض فيمنع من الانتفاع بما حوله من الأرض، وكذلك انتشارها على وجه الأرض يمنع الشمس عما حولها.

قوله: (نخلتين)[2]. لأنه إنما لك مغرس واحدة.

---

(١) التهذيب (٤/١٩١).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٢).

قوله: (وليس له منعك من الدخول إليها)[1]. لأنه حق ثبت لك، وإن قال: أنا أتصرف لك فيها بلا أُجرة لم يلزمكَ تقلد منته، ولكن لابد أن تدخل إليها أنت ومَن لابد من دخوله معك إلىٰ ذلك الشغل.

قوله: (وإن كانت أرضه مزروعة)[1]. لأن حقَّكَ من الدخولِ متقدم علىٰ زرعه.

قوله: (لم يكن لك السلوك بماشيتك)[1]. لأن ذلك يضر به، ولكن الجمع بين المصلحتين أن يدخل وحده فيحشها ويخرج الحشيش إلىٰ غنمك.

قوله: (فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافتيه)[1]. لأنه ليس لك (.) ممر النهر ولا حافتاه.

قوله: (علىٰ سنة البلد)[2]. أي إن كان العرف هناك في الكنس أن يجعل ما يخرج من التنقية من طين وغيره علىٰ حافتي النهر جاز ذلك وإن أدىٰ إلىٰ إفساد زرعهم.

قوله: (بيع بقدر الدين)[2]. وذلك أن يكون الدين مائة مثلا فيقال: مَن يشترِي نصفها بمائة؟ ثم يقول شخص: أنا آخذ خمسينها بمائة، وآخرُ: أنا آخذ خمسا ونصفَ خمسٍ. هكذا إلىٰ أن ينتهي فيباع ذلك القدر ويقسم الباقي.

قوله: (إلا أن يخرج الورثة الدَّين)[2]. لأنه إنما تعلق بذمة الميت لا بالتركة، وإنما هي محل للتوفية ولا تتعين للدين، (فأي) شيء دفع للغريم منها أو من غيرها لزمه أخذه.

قوله: (فالقسمة ترد)[2]. لأنها وقعت فاسدة إذ لا قسم إلا بعد الدين

(١) التهذيب (٤/١٩٢).
(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٣).

وفسادها لحق مخلوق ولو دفعوا له حقه من عند (.) صحت القسمة.

قوله: (فلرب الدين أخذ دينه [٢٠٧/ب] **مما بيده)**(١). لأن القسمة صارت كالعدم، وما وجد بيده هو عين موجود الميت فله الأخذ منه، ويرجع ذلك الوارث على سائر الورثة، وإن كانوا معسيرين.

قوله: (ويضمن كل وارث ما أكل)(١). لأنه تعدى، بخلاف ما يتلف عنده بأمر من الله سبحانه فلا ضمان عليه فيه، لأنه بمنزلة ما لم يُقسم فيكون ذلك من الغرماء ومن الورثة.

قوله: (وما باع فعليه ثمنه)(١). لأنه مأذون له في البيع شرعان ولو تعلق الدين بعين كل شيء من التركة لكان بيعه باطلا.

قوله: (إن لم يحاب)(١). فيغرم ما نقص عن ثمنه.

قوله: (وإذا جُني على الرقيق)(٢). أي بعد أن أخذه بعض الورثة في حظه فإنه ينقض القسم بطرو الدَّين ويصير بين الجميع فيعدون الجاني بالجِنَايَة.

قوله: (لم يأخُذ منهم كفيلا لما يلحق من الدين)(٢). أي على تقدير ذلك ما هو ظلم ممن فعله، ولكن إن كان الميت ممن يعرف بالدين وقف الحاكم القسمة استبرأ ذلك (.) عنه، فإن لم يجد عليه دينا قسم بينهم ولم يأخذ كفيلا من أحدهم، ثم إن طرأ دين بعد القسمة انتقض.

قوله: (وهم رجال)(٢). أي مالكون أُمورَهم.

قوله: (فإن كان عدلا حلف الطالب معه واستحق)(٢). لأنه لا تهمة وإن

---

(١) التهذيب (١٩٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٩٤/٤).

اتهمه الورثة أنه أراد بذلك نقض القسمة لكونه يسقط ما صار له فيها رجاء أن يصير له غير ذلك فلا يسمع قولهم (.) إلا أن يعطوا (.) من الدين، فلا تبطل القسمة ويؤخذ من الشاهد أيضا؟ فإن أبىٰ المقرض إلا نقض القسمة لم يقبل منه، وأخذ منه ما ينوبه من الدين أو بيع عليه في ذلك حظه أو بعضه.

قوله: (لم يجز أن يقسموا)(١). لأنه لا تهمة في ذلك بوجه ولا قسمة قبل الدين.

قوله: (إن طرأ وارث أو موصىٰ له بالثلث)(٢). سوىٰ بينهما، وإن كان لا ميراث إلا بعد الوصية من قبل أن له ثلث التركة شائعا فصار كوارث له ثلثها ولم يتعلق حقه بذمة الميت كالدين.

قوله: (فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه)(٢). أي يأخذ منه نسبة دينه من جميع المال فإن كان ما بيده مما ينقسم وإلا بقية ذلك.

قوله: (ولا يتبع المليء)(٢). هذا المَذْهَبُ، وكذلك لو أقر أحدا لو أقر أحد ابنين بابن ثالث بعد أن قسموا، فإنه يرجع علىٰ المقر بثلث ما بيده، ويقول له: أخي ظلمك، ولو حضرت أنت كان لي هذا إذ لم يقر بك فبعته ثلث ما بيده. وقال أشهب: بل ينقض القسم لأنه وقع فاسدا، فيقول الغريم: لمن أقر به أنك (.) أنه لا ميراث إلا بعد أخذ الدين، فيأخذ منه جميع ما بيده إن استغرقه الدين ويبقىٰ ذلك المقر يتبع سائر الورثة إن أقروا دفعوا له وكذلك يقول الابن المقر به: أنت مقر بأن الواجب لك مثلي فيقاسمه بنصفين، ويتبعان الثالث وتخصيص المقر به بالتبعية للمعسر ظلم له.

(١) التهذيب (٤/١٩٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٥).

قوله: (وليس كغريم طرأ على وارثه)[1]. لأن ذلك يمنع الميراث بالجملة، لأن حقه تعلق بذمة الميت وبجميع التركة فلذلك نقض له القسم.

قوله: (ولكن كغريم طرأ على غرماء وقد قسموا)[1]. إلى آخر كلامه، هذا المَذْهَبُ أنه يتبع المعدم بما عليه، وعلى قول أشهب ينقض القسم فيها لمن طرأ من وارث أو غيره، وذلك لعسر اكتساب العقار وزيادة الرغبات فيها، ولذلك لم تفت بحوالة السوق في البيع الفاسد، ولأنه لو لم ينقض القسم أدى إلى أن يأخذ حقه مفرقا في جميع العقار وذلك ضرر به.

قوله: (كان كلحوق الدين)[1]. لأنه ليس له شيء من التركة كالوارث فصار لذلك كالدين لا يصح القسم قبل توفية حقه فإن وجد أحدهم مليا أخذ منه كالدين، [٢٠٨/أ]وإن لم يحمل ثلثه الوصية لم يؤخذ إلا قدر ما يحمله.

قوله: (ولا يجبر على أدائه من أموالهم)[1]. لأن التركة متعلقُ حقِّه.

قوله: (لم يضمنوه)[1]. هذا بخلاف البيع، لو بعت عبدا بعبد ثم ملك العبد الذي بعت واستحق الذي اشتريت، رجعت بقيمة الذي خرج عن يدك لانتقاض البيع لأنه ملك على ضمان المشتري، ولو كان موجودا أخذته والقسم لم يجعلها هنا بيعاً بل تَميُّزَ حقٍ.

قوله: (وهذا إذا كان ما في يد الذي أبى قد تغير)[2]. يعني إذا لم يذهب بالجملة، لأنه في هذه الصورة إذا انتقض القسم كان بيده ما يعاد إلى القسم ثانيا، وإن ذهب بالجملة فلا قول له إذ لا فائدة في نقض القسم من جهة غيره، بل يجبر سائر الورثة على نقض القسم أو إعطاء الدين من أموالهم فإن نقضوها لم يدخل

---

(١) التهذيب (٤/١٩٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٦).

معهم هذا الذي ذهب حظه فيها.

قوله: (فالحاكم يلي ذلك علىٰ الغائب)[(١)]. ينبغي للحاكم ألا يحكم بقسمة ملك بين قوم حتىٰ يثبت عنده أنهم مالكوه لئلا يكونوا قد غصبوه، ويتوصلوا بحكم الحاكم بقسمته بينهم إلىٰ صحة التصرف في ذلك ويعمّوا علىٰ الناس، فإذا ثبت عنده أنه مِلْكُهم وحضر الورثة حكم علىٰ الغائب، وفائدة ذلك أنه إذا هلك ما صار للغائب كان منه لأن الحاكم نائبه ووكيله.

قوله: (إذا ادعىٰ في ربعه)[(٢)]. هذا نوعان:

أحدهما: أن يدعي فرع أن ملك الغائب له وثبت ذلك فيجب علىٰ الحاكم أن يحكم له به علىٰ إرجاء الحجة للغائب، فإذا ورد الغائب وأثبت أنه له بوجه صحيح رجع في مِلكه ولو تداولته البيوع مرارا، فإن جميعها ينقض.

والثاني: أن يدعي أن له علىٰ الغائب دينا ويثبت أن له ملكا ويطلب من الحاكم أن يبيعه علىٰ الغائب في الدين وينصفه من ثمنه، فهنا يتوقف الحاكم إن كان موضع الغائب بعيدا ويستأني إلىٰ أن يطول ذلك ويخاف المدعي أن يموت شهوده، فإنه حينئذ يحكم له بذلك ويبيع علىٰ الغائب مِلكه للضّرر، وأما القريب الموضع فكالحاضرِ يكتب له الحاكم ويعلمه بذلك، وقال أشهب: يحكم علىٰ الغائب البعيد مطلقا، ووجه المذهبِ: أن بيع الحاكم لا ينقض البتة لأنه وقع بشبهة فيؤدي بيعه عليه للعقار إلىٰ تفويته مع صعوبة اكتسابه، بخلاف العروض، وإنما قسم عليه الحاكم بخلاف البيع لأن القسمة تميُّزُ حظٍّ ورفعٌ لضررِ الاشتراك ففارقت البيع. ويعني بصاحب الشرطة الذي يحكم في الحدود وهو الوالي، ومن

(١) في التهذيب «فالقاضي يلي ذلك» (٤/١٩٦).

(٢) التهذيب (٤/١٩٧).

شرطه أن يكون عارفا بالفقه وإلا حكم بالباطل، وقد تقدم أنه يجوز منه القسم في المياه كما لو حكَّموا رجلا بينهم إلا أنه لو كان هناك أحدهم غائبا لم يجز حكمه عليهم.

قوله: (**ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم**)(١). لما في ذلك من كثرة الغرر باختلاف الأغراض، وكان ينبغي أولا ألا تصح القسمة بالقرعة لغررها، لكن إذا اتحد الصنف فكان الغرض واحدا ومتقارب (.)(٢) ذلك بالقيمة. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ في الأصناف المختلفة أنه يجوز قسمتها بالقرعة، لكن بشرط التراضي لا بالجبر كما كان في الصنف الواحد، والقسم بالتراضي في ذلك كلِّه جائزٌ لأنه بيع محض، وقد جعل المذهب الرقيق في القسمة صِنفانِ وإن اختلفت منافعه {كالعبد الفاجر، وغيره وفي السلم أصنافا، وجعله أشهب صنفا إن لم تختلف منافعه} وإلا فأصناف فقال: كل ما يجوز سلم بعضه في بعضٍ لم تصحَّ قسمتُه بالقرعةِ، ووَجْهُ المَذْهَب الاحتياطُ في البابين (.) والحمير.

قوله: (**لأنه صنف واحد**)(٣). لاتفاقهما من كل وجه، [٢٠٨/ب] إلا في الجودة والرداءة كالتمر هو صنف وإن اختلفت ضروبه.

قوله: (**لا يحمله القسم**)(٣). فهذا نوعان: إما حسا كبقرتين بين ثلاثة، أو حكما كالخفين لأن في قسمة ذلك تضييعا للمال فيباع ذلك ويقسم ثمنه، لأنه بالبيع يفضي إلىٰ ما يصح انقسامه ومن أبىٰ البيع جبر عليه، لأن العرف أن بيع الكلِّ يُرغب فيه أكثر من الجزء إلا أن يساوي الجزء مشاعا مثل ما يساوي في بيع الكل فلا جبر.

---

(١) التهذيب (٤/١٩٧).
(٢) غير واضحة، لعلها: متقارباً فيُحبّذ.
(٣) المصدر نفسه (٤/١٩٨).

قوله: (والحلي بالوزن)[1]. سواء كان نوعا واحدا أو أنواعا ؛ لأنه لا اعتبار للصياغة كما في الزكاة ولا يباع إلا بالوزن للتفاضل وتلغىٰ الصياغة.

قوله: (ولا يبين منه)[1]. أي إلا بضرر لأنه تضييع للمال وإلا فينزع ويقسم الجوهر علىٰ حدة.

قوله: (الثلث فأدنىٰ)[1]. هذا المَذْهَبُ أن الثلث في ذلك (.) تابع للعرض فيكون له حكمه، فيباع بما يباع به العرض من نوعه أو من غير نوعه، إلا أنه إذا بيع بعين فلا يجوز إلا يدا بيد لأنه ليس بتابع للعرض من كل جهة، وإن كان الحلي أكثر كان العرض تابعا فلم يجز بيعه إلا بما يباع به الحلي لو انفرد، فكذلك تصح القسمة فيه فيجعل في الأول كأنه عرض فيعدل بالقيمة، وفي الثاني كأنه حليٌّ كلُّه لكن يعدل بينه وبين ما يماثله بالتحري لا بالوزن. وأما إن تساويا فلا تبعية فلا يباع ذلك إلا بالعروض لئلا يتحد مال الربا من الجهتين ومع أحدهما غيره، ومنع ابن عبد الحكم التبعية في ذلك لما فيه من التفاضل، وجوز سحنون إذا كانت تابعة أن يحكم لها بحكم العرض سواء، فتباع بالنقد والنسيئة فجعلها تابعة من كل وجه وهو قول ربيعة.

قوله: (وقسم القاسم ماض)[2]. لأنه نائب القاضي، وحكمه أن يكون عارفا بالقسمة ويصدقه القاضي فيما يخبره من القسمة لأنه من باب الإخبار، ولأنه عليه السلام قال: «اغدُ يَا أُنَيْس علىٰ امرأَةِ هذا»[3]، وصدقه في ذلك، فإذا أخبر القاضي بأنه

(١) التهذيب (٤/١٩٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٩).

(٣) الحديث رواه الترمذي في سننه، أبواب الحدود، باب ما جاء في الرجم علىٰ الثّيب، قال: «حدثنا نصر بن علي، وغير واحد، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، سمعه من أبي هريرة، وزيد بن خالد، وشبل، أنهم كانوا عند النبي ﷺ فأتاه رجلان=

قسم بينهم ووصف له القسمة والقاضي أيضا عارف بذلك، وإلا فيكون له شهود يعرفون ذلك فإذا وصف ذلك عنده بحضور الشهود ثبت عند القاضي صحة القسمة، ولو قدموا قاسما من أنفسهم فقسم بينهم ثم أخبر القاضي بذلك عند تنازعهم ولم (.) وكان لهم نقضها.

قوله: (ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم الحاكم)[1]. أي أنه يتعقبه الحاكم، وحكم الحاكم لا يتعقبه أحد، ومن (.) الأدب معه فيجب عليه تقديره محافظة على منصب الشرع وذلك لله.

قوله: (ولا يجوز لأجنبي أن يشتري من أحدهم)[1]. لأنه مجهول إذ لا يدري ما يخرج له في القسمة ومن شرط البيع العلم بطرفي العقد.

قوله: (إذ لا شركة له فيها)[1]. أي إنما جازت القسمة على القرعة بين الشركاء مع ما فيها من الغرر، ولأنها تميز حظ لا بيع محض.

قوله: (ليس من البيوع)[1]. أي في أكثر الأحكام.

قوله: (إلى قسمة ثوب لم يقسم)[2]. لأنها قسمة تدعو إلى الضرر لكن يجبر على البيع من أباه؛ لأن العرف قاض بأن بيع الجزء مشاعا ناقص الثمن.

= يختصمان، فقام إليه أحدهما، وقال: أنشدك الله يا رسول الله، لما قضيت بيننا بكتاب الله؟ فقال خصمه وكان أفقه منه: أجل يا رسول الله، اقض بيننا بكتاب الله، وائذن لي فأتكلم: إن ابني كان عسيفا على هذا، فزنى بامرأته، فأخبروني أن على ابني الرجم، ففديت منه بمائة شاة وخادم، ثم لقيت ناسا من أهل العلم، فزعموا أن على ابني جلد مائة، وتغريب عام، وإنما الرجم على امرأة هذا، فقال النبي ﷺ: والذي نفسي بيده، لأقضين بينكما بكتاب الله، المائة شاة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة، وتغريب عام، واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، فغدا عليها، فاعترفت فرجمها».

(١) التهذيب (٤/١٩٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٠).

قوله: (فإن استقر على ثمن)[١]. لو أبى الذي لا يريدُ جُبِرَ على بيع حظه معه، وإن أبى الذي أراد البيعَ بيعَ حظه من شريكه جُبرَ لأنه مقصوده من تكثير الثمن فهو مضار.

قوله: (لم يجز ذلك)[٢]. كما لا يجوز في البيع إلا بعد الروية أو على الصفة، ويد الوكيل في التقويم والقسمة كيد موكله.

قوله: (على أن لأحدهما الخيار)[٢]. أي فتقع القسمة بالقرعة [٢٠٩/أ] جائز إلى أن يتم أمر الخيار فيلزم أو يبطل.

قوله: (حتى يرفع ذلك إلى الإمام)[٣]. لم يمنع ذلك لاستعماله خطر في العقد، لأن ذلك يجوز عندنا خلافا للشافعي، بل لأنه يتهم أن يميل إلى أحدهم دون الآخر فيحابيه، فلذلك كره استغلاله، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا يكره كما بيع من أحدهما مال الآخر.

قوله: (أحببت أن يرفع)[٣]. أي وكرهت ألا يرفع، ولو كان الصغير واحد مع أكابر لم تكره قسمته عليه لأنه يتهم، وأيضا إذا كان في القسمة أكابر فلم يستقل بالقسمة فلذلك أجاز له أن يقسم، وإن كان يستحب، إذن، الإمام مطلقا لأنه أخلص إذ فعل الوصي يلحقه (.) ويرد بالجور بخلاف حكم الحاكم.

قوله: (لا يخلط أنصباءهم بعد ذلك)[٣]. لأن النظر لهم خلافه (.) الشركة.

قوله: (أحب إلي أن يرفعوا ذلك إلى القاضي)[٣]. «أحبُّ» هاهنا بمعنى الوجوب، لأنها لما حلفت أن تقاسم إخوتها فلا تبرأ إلا بقسمة شرعية؛ وهي

(١) في التهذيب «فإن استقرا» (٤/٢٠٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٠١).




التي لا تواطؤ فيها ولا محاباة، لأنه ينبغي الاحتياط فيما يحصل به البر ولا يحصل بقسمة التراضي، لأنها ليست قسمة حقيقة بل هي بيع، وإذا لم يدفع ذلك إلى القاضي فلا يؤمن فيها التواطؤ والمحاباة فلا تبرأ، إلا أن هذا إذا حلفت لتقاسمهم إلى أجل كذا فإن جاء ذلك الأجل ولم تقع قسمة صحيحة (.) حلفت ولم تذكر أجلا فلا حنث، لأنه إذا لم تقع قسمة صحيحة نقضت واقتسموا ثانيا.

قوله: (**لم تجز محاباته في ذلك**)[1]. لأنه إنما يجوز له التصرف في مال ابنه بالمصلحة.

قوله: (**وترد بالصدقة إن كان الأب موسرا**)[2]. بخلاف العتق، والفَرْق أنه إذا أعتقه فقد حصل لنفسه منفعة الولاء، فتضمن عتقه له أنه اشتراه ففات بالعتق ويضمن قيمته وفي الصدقة لم يفت موجب الرد.

قوله: (**فإن فات**)[3]. لا يفوت هنا بحوالة سوق ولا بأن يبيعه المتصدق عليه، بخلاف البيع الفاسد فإنه يفوت قيمة البيع بحوالة السوق. والفَرْق أنه في البيع الفاسد قد تراضيا عليه ولم يبق إلا حق الله تعالى فضعف أمره، ونفذ بأقل أنواع التلف وتصرُّف الأب هنا بالصدقة ممنوع لحق الابن فلم يفت إلا بأعظم وجوه التلف كالموت.

قوله: (**ضمن الأب إذا كان موسرا**)[3]. قد ثبت من أصول الشرع أنه إذا اجتمع في التعدي مباشر ومسبب فيناط الحكم بالمباشر. لكن المذهب هنا إناطة الحكم بالمسبب وهو الأب لأن الرجوع في الهبة والصدقة ممنوع ولأنه هو الذي مكن الأجنبي من ذلك وقد لا يعلم الأجنبي ذلك، وقيل: بل يضمن المباشر أبدا

---

(١) التهذيب (٤/٢٠١).

(٢) في التهذيب «وترد الصدقة» (٤/٢٠٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٠٢).

علىٰ القاعدة، وقيل له أن يضمن ما شاء منها.

قوله: (يوم يختصمون)[1]. أي يوم الحكم يعتبر اليسر والعسر لا يوم التلف، وكونه لا يعلم ليس عذرا لأن غاية ذلك أن يكون خطأ وهو كالعمد في أموال الناس، والقيمة تعتبر يوم التلف لأنه لما كان تصرفه باطلا فكأنه علىٰ ملك الابن إلىٰ أن تلف ولم يكن متعديا كالغاصب فتكون القيمة يوم القبض.

قوله: (لم يكن للأب ولا للابن علىٰ الأجنبي شيء)[1]. أما الأب فلأنه الذي مكن الأجنبي من ذلك وأما الابن فقد أخذ من الأب القيمة.

قوله: (ومن أدىٰ منها لم يرجع علىٰ صاحبه بشيء)[1]. أما الأب فكيف يرجع عليه وهو الذي مكنه من الاتلاف (.) وأما الأجنبي فكيف يرجع بقيمة ما أتلفه والإبن يقول (.) لك علىٰ تقدير أن يصح ذلك (.)

قوله: (لم يكن للابن ترك)[2]. إلا علىٰ القولين الآخرين.

قوله: (جاز ذلك إن كان الأب موسرا)[3]. لأنه تضمن عتقه إياه أنه اشتراه [٢٠٩/ب] والعقد الصحيح إذا طرأ عليه الفاسد أمضاه، وهذا بخلاف من اشترىٰ عبدا فأعتقه ثم استحق منه فإن العتق يبطل.

والفَرْق أن للأب التصرف في مال ابنه علىٰ وجه، وليس للأجنبي التصرف في مال الغير بوجه.

قوله: (وإن كان معسرا)[3]. لأنه بالعتق لزمه ثمنه وكان دينا في ذمته لابنه مقارنا للعتق، والدين المقارن كالمتقدم فأبطله.

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٢).

(٢) في التهذيب «لم يكن للابن تركه» (٤/٢٠٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٠٢).

قوله: (إلا أن يتطاول ذلك)[1]. هذا لأنه قد تعلقت به حقوق الغير وضعف إبطال العتق، وأما في الاستحقاق فسيبطل العتق وإن تطاول. والفَرْق أن الدين هناك متقدم يقينا وليس المقارن في الحقيقة كالمتقدم، وأيضا فإن للأب شبهة في مال ابنه وله التصرف فيه على وجه.

قوله: (وفي كتاب الشُّفْعَة ذكر {بيع} الوصي عقار اليتامى)[1]. أي ينبغي له ألا يبيع عقار اليتامى لأنه يصعب استبداله، ويقدم على ذلك بيع عروضه لأنها لا يصعب استبدالها.

قوله: (إذا أسند مسلم وصيته إلى ذمي)[1]. أي إذا وصى للذمي لم يجز، لأمرين:

أحدهما: أن من شرط الوصي الأمانة ومن شرطها العدالة والكفر فسق.

الثاني: أن في ذلك استعلاء على المسلم؛ لأن الوصي يضرب محجوره ويؤدبه، ولذلك لا يجوز أن يوكل الذمي على قبض ديونه من المسلمين، ولابن القاسم قول ثان: أنه يجوز أن يوصي أخاه أو قريبه الذمي على أولاده المسلمين لما في القريب من الشفقة، وذلك بشرط أن يكون في دِينه ذا أمانة وجودة.

قوله: (وكذلك المسخوط)[1]. يعني الفاسق.

قوله: (وأوصت بالصبي وبمالها إلى رجل)[1]. لا خلاف أن للأب الولاية في مال ولده فله أن يوصي بذلك، وأما الأم فليست كذلك إلا أنه قد ثبت لها ولاية في بعض ماله، وذلك أنه يجوز لها أن تقبض ما وهبته له قياسا على الأب لأنها أحد الأبوين، ولا يجوز الرجوع في الهبة إلا للأب فله أن يعتصر ما وهب لابنه الصغير، والأم أحد الأبوين، وإذا كان لها أن تخرج ملكه من يده وجرت

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٢).

مجرىٰ الأب في ذلك ، أجاز مالك أن توصي عليه بالنظر في ماله الذي ورثه عنها إذا كان يسيرا قياسا علىٰ ذلك وليس ذلك للجد ولا للأخ والعم ، خلافا للشافعي في الجد لأنه عنده كالأب عند عدمه ، ولا يجوز للأب أن يوصي أجنبيا مع وجود الجد.

قوله: (الذي ورث من أمه)[1]. لو كان مالا آخر لم يجز لها ذلك فيه.

قوله: (نحو ستين)[1]. أي وإن لم يكن له مال غيره وهذا يرجع إلىٰ العرف في اليسير ما هو.

قوله: (استحسنه مالك)[1]. اختلف في استحسان الإمام ؛ فقيل: لا أصل له ، وهذا فاسد لأنه وضعُ شرعٍ ، وقيل: بل لابد أن يستند إلىٰ أصل في الشرع وهو الصحيح.

قوله: (ولا يجوز قسم الأب عن ابنه الكبير)[1]. لأنه أجنبي بالنظر إلىٰ ماله ، ولا الكافر علىٰ ابنته المسلمة لأن في ذلك استعلاء للكفر كما لا يجوز في النكاح ، وقيل يجوز إذا وصىٰ لابنه المسلم ببعض ماله لأنه لا يرثه أن يوصي بذلك المال ، لأنه قد كان له نزع ذلك المال عنه ولأن المحذور قد زال بالموت عن الاستعلاء.

قوله: (ويجوز قسم الملتقط علىٰ ملتقطه)[2]. هذا لحديث عمرإذ قالَ للملتقِطِ: «لك ولاؤُهُ»[3] ، أي النظر في ماله وهذا وإن كان خاصا يحمل علىٰ العموم إذ لا فرق ، وقال مالك: ومن أنظر لها منه فهو بمنزلة الأب ولاية خاصة

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٣).

(٢) في التهذيب «ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه» (٤/٢٠٣).

(٣) تقدم من الأثر من قول عمر: «لك ولاؤه وعلينا نفقته».




لمكان التربية.

قوله: (والأب ووصيه أولىٰ بذلك)[1]. ليست أفعالهما مشتركة.

قوله: (حتىٰ يؤنس رشدها بعد الدخول)[1]. قيل بعد سبعة أعوام في ذات الأب (.) في اليتيمة، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ في اليتيمة أنها ترشد إذا علم رشدها متىٰ كان قبل الدخول أو بعده.

قوله: (فإن كان وجه ما نابه)[1]. [٢١٠/أ] يعني بالوجه أن (.) له خمسة أثواب يجد بأحدها عيبا وهو في القيمة مثل سائرها، ويعني بالأكثر أن يجد عيبا بأربعة منها، فالنصف جل والأكثر أجل، فمتىٰ وجد عيبا بجل الصفقة انتقضت بخلاف ما دون النصف لأنه أقلها.

قوله: (رد الجميع)[1]. حكم القسمة كحكم البيع كما أن فيه إذا وجد عيبا في جل الصفقة كان له رد الجميع بخلاف اليسير. وكان ينبغي ـ علىٰ قولنا أنها تميز حظ ـ أن تنفسخ القسمة مطلقا (.) الأقل والأكثر لأنه يتعين العيب لأحدهما.

قوله: (إلا أن تفوت)[1]. كما انه في البيع إذا فات يفسخ البيع حكما لأنه يرجع إلىٰ القيمة، كذلك هنا يرجع إلىٰ قيمة المعيب الفائت فيتنزل منزلة الفائت (.) قسم الجميع.

قوله: (وليس حوالة الأسواق في الدور فوتا)[1]. كما في البيع، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تفوت بذلك، وكذلك المذهب في ذوات الأمثال أنها لا تفوت بحوالة السوق لأن المثل منها يقوم مقام المثل، وإنما يرجع إلىٰ القيمة أبدا إذا تعذر المثل، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تفوت به فيرجع إلىٰ القيمة، وإلا أدىٰ إلىٰ غبن أحدهما

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٤).

بأن يكون غاليا يوم القبض ويرخص يوم الرد وبالعكس، فكانت القيمة في ذلك أعدل من المثل.

قوله: (**وإن كان المعيب الأقل رده**)(١). مثاله أن يقسما أربعة أثواب فيجد أحدهما عيبا بأحد ثوبيه فيرده وينقض القسم فيه ويصير شائعا بينهما على ما كان، ويصير أحد ثوبي الآخر الذي في مقابلة المعيب للذي رد المعيب قيمة نصفه فيأخذها، ولا ينقض القسم فيه لأن ذلك يؤدي إلى رد الضرر الذي في الإشاعة ثم يقسمان المعيب.

وتفارق القسمة البيع في أنه في البيع إذا وجد عيبا بنصف الصفقة انفسخ الكل، وهنا لا ينقض القسم لذلك لأنه رجع الجميع المقسوم أولا، وقال أشهب يرجع بما قل وما كثر في عين ما صار لصاحبه لا بالثمن فينقض القسمة.

قوله: (**فأصاب أحدهم بنصف ما أخذ عيبا**)(٢). هذا على التفصيل المتقدم، فينظر إلى المعيب فإن كان كثيرا انتقض القسم وإلا رجع بنصف ثمن المعيب ثمنا على المذهب أو في عين ما أخذ صاحبه على قول أشهب، وإن كان عبدا لأن الأحكام جرَّت إلى ذلك ولم يدخلا على ذلك.

قوله: (**ومن ابتاع**)(٢). أي حكم القسمة في ذلك كالبيع.

قوله: (**رد قيمتها**)(٢). جعل الطحن هنا فوتا، لأنه صنعة فانتقل بها الحب عن حاله، إلا أنه كان ينبغي أن يرد مثل الحنطة التي طحن لأنها من ذوات الأمثال لكن تعذر ذلك للجهل بالتماثل وهو كتحقيق التفاضل، لأنه إذا كان مسوسا أو عفنا فلا يتوصل إلى علم ما يماثله في ذلك بعد الطحن، ولو وجد مثلا له تحققت

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٥).




المماثلة جاز، فيكون الدقيق له وتقوم القيمة مقام حظه من الحنطة فتخلط مع حظ الآخر منها وتعاد القسمة ثانيا.

قوله: (وليس له أن يرجع بنصف قيمة العيب في حنطة صاحبه)[1]. أي لا يأخذ منه (.) ذلك المعيب لأنه يؤدي إلىٰ أن أحدهما أخذ طعاما ودراهم والثاني طعاما، فلا يأخذ منه عن ذلك المعيب من حظه من الحنطة شيئا للتفاضل ولكن يقوم الدقيق حبا علىٰ ما يظهر من حاله.

قوله: (ولا له أن يأتي بسلعة معيبة مثلها)[1]. لأنها ليست من ذوات الأمثال ولو كانت لم تصح للجهل بالتماثل في ذلك.

قوله: (وإذا تبادلا قمحا)[2]. أي تبايعاه أو تقاسماه لأن أحد المتقاسمين يبادل الثاني بما كان له، والطعام بالطعام ضيق، ألا ترىٰ أنه يشترط فيهما القبض الحسي دون الحكمي وقد [٢١٠/ب] فرق بين (.) والبلل لأن البلل يختلف فتدخل فيه المزابنة، وفي الحقيقة لا فرق بل إذا اختلف (.) امتنع، وكذلك البلل وإذا اتفقا جاز فهذا راجع إلىٰ تحقيق مناطه.

قوله: {(حتىٰ يصير خطرا)[2]. لأن أحدهما يريد كثرة الطعام والآخر قلته}.

قوله: (إلا في الغلت الخفيف)[2]. أي المدخول عليه عرفا وإلا فالغلت ليس بطعام.

قوله: (وكذلك سمرا ملغوثة بشعير)[2]. لأنه لا فرق بين القمح وبين الشعير بالقمح عند المالكية لأنهما صنف واحد.

قوله: (وليس حشف التمر كالغلت)[2]. لأن الحشف نوع من التمر رديء،

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٦).

والعلت ليس من {الطعام}.

قوله: (ولو كان الطعام {المغلوث صبرة واحدة جاز)[1]. لاستواء} أجزائها في الغلت بخلاف الصبرتين.

قوله: (ويغربل القمح)[1]. هذا أولىٰ لأنه أخلص.

قوله: (فقد جرىٰ الاستحقاق فيما بيع وفيما بقي)[2]. لأن حظ المستحق شائع في الكل، وإن هذا باع ما له وما ليس له فيبقىٰ بيد المشتري ثلاثة أثمان كالبائع منه، وقال أشهب: لا يكون الاستحقاق إلا فيما بيد البائع، لأنه تبين أخيرا أن هذا البائع لم يكن يملك في نفس الأمر إلا ثلاثة أرباع العبد وأنه باع النصف مما يملك.

قوله: (له رده كله لضرر الشركة)[2]. يريد بخلاف غيره من العروض إنما تفسخ الصفقة فيها إذا استحق الجل منها لا أيسرها.

والفَرْق أن الشركة في الحيوان أعظم ضررا، فاحتج بهذه المسلمة علىٰ أن للمبتاع في الأول أن ينقض البيع إن شاء لأنه قد استحق من يده رجع ما اشترىٰ، ولا يجبر علىٰ إمساك الباقي. وإن دخل علىٰ أن العبد مشترك لأن الشركة بين اثنين أخف منها بين ثلاثة، وكذلك يكون للبائع أن يرجع علىٰ ما باع منه أيضا بذلك، فإن قلت: فلو باع أحد الشريكين بعض حظه من أجنبي لم يكن لشريكه المنع، قلنا: الفرق أنه هنا أدخل شريكا لا ينقض علىٰ المبتاع صفقته، وعلىٰ قول أشهب المتقدم قال: لا يرجع المبتاع علىٰ البائع بشيء، لأن صفقته قد سلمت له، واعترض بأنه وإن سلم صفقته فقد صار أحد ثلاثة في العبد بَعْد أن كان واحدا من اثنين.

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٧)




قوله: (ولو اطلع المشتري علىٰ عيب به)[1]. يعني لو لم يكن استحقاق إلا أن المبتاع البائع لنصف العبد اطلع علىٰ عيب قديم بالعبد بعد أن باع النصف ورضي به المبتاع ثانيا فهنا لا يجوز له الرد لأنه قد تعذر بيع نصفه، فيقول له البائع الأول: بعت منك عبد كاملا فكيف ترد لي بعضه (.) فصار بيعه له بمنزلة أن يحدث به عيب ثم يجد به عيبا قديما فليس له إلا ارش عيب (.) نصف فقط، وللبائع الأول مع ذلك أن يقبل منه نصف العبد بنصف الثمن ولا أرش، وأما عيب النصف المبيع فلا يرجع به علىٰ المذهب مطلقا، لأنه إن باع النصف بأقل مما اشتراه، فإنما كان ذلك بحوالة السوق لأن الفرض أن العيب غير معلوم وإن باعه بأكثر أو بمثل ما اشتراه به فبين، وقال أشهب: يرجع تمام الثمن الذي اشتراه به فقط لِإِمْكان أن يكون النقص إنما كان من أجل العيب.

قوله: (فاستحق نصف أحدهما)[2]. إن كان الثاني باقيا رجع في ربعه حتىٰ يكون له ثلاثة أرباع (.) نصف من المستحق نصفه، وربع من العبد الثاني، ولا تنقض القسمة وكان (.) إنما ترك عبدا ونصفا. وقال أشهب: تنقض القسمة في عبد ونصف ويصير ذلك بينهما وفي القولين إحداث (.) في العبد لأن الأحكام جرت إليه (.) في المذهب (.) بأحدهما لأن من له ثلاثة أرباع عبد أحسن حالا ممن له نصف عبد وربع عبد آخر. وقد قال ابن القاسم فيمن ابتاع عبدا [٢١١/أ] بعبد استحق بعض أحدهما قال: يرجع بالثمن مخافة إحداث الشركة فيما لا ينقسم، وأشهب يقول: يرجع في نفس العبد لأن الأحكام جرت إليه، ففرق المذهب بين البيع والقسمة لأنها تميز حظ وإن كانت علىٰ التراضي لأنها ليست محض بيع.

(١) في التهذيب «ولو اطلع البائع علىٰ عيب به» (٤/٢٠٧).
(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٧).

قوله: (رجع على صاحبه بربع قيمته)[١]. كان ينبغي إذا باعه أن ينقض البيع، لأنه تبين أنه باع ما ليس له، وكذلك من باع عبدا بعبد إن اشتراه ثم استحق باقيه ينقض البيع وكل واحد مأذونا[٢] له في التصرف شرعا وهو مشكل.

وقال في المرأة تصدق عبدا فتبيعه ثم تطلق فتقدم القيمة ولا ينقض البيع، لأنها في قول ملكت بالعقد والطلاق مشطّر.

قوله: (يوم قبضه)[٣]. أي يوم القسمة وهو قول أشهب، ووجه أنه سلطه عليه حينئذ فيضمن. ويرد عليه أنه لو هلك عنده وأخرت منه القيمة لكان قد ضمن، والوارث لا يضمن ما يتلف عنده من الميراث. وقال سحنون: يوم الفوت، لأنه قبل ذلك على الرد.

ويرد عليه أيضا الإشكال الأول، وأيضا إذا أخذ منه القيمة ثم طرأ دين على الميت فأبى أن يدفع له هذه القيمة فيكون قد أدى الذي بيد الوارث وحده، أو لا يدفع له فيرث مع الدين وذلك لا يجوز.

قوله: (باستحقاق أيسره)[٤]. بخلاف غيره من العروض والعقار إنما يرجع فيها باستحقاق الأجل، وذلك لتعذر الانتفاع ببعض الأمة والعبد يريد (.) به، وفي استحقاق النصف في غير القسمة قولان: وجهُ ردِّ الصفقة به أنه فات له جل المبيع، ووجه عدم الردّ أنه سلم له جلها، وأما في القسمة فنصف ما صار لأحدهم يسير بالنظر إلى الجميع.

قوله: (بخلاف مبتاع عبدين متكافئين)[٤]. تحرزا من أن يكون أحدهما

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٧).

(٢) كذا في المتن، ولعله مأذون.

(٣) التهذيب (٤/٢٠٧).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٠٨).

وجه الصفقة، وهذا تفريع منه على أن استحقاقه الجل وهو النصف لا يوجب الرد.

قوله: (رجعَ على صاحبه بربع قيمة ما بيده،)(١). لم تنقض القسمة لأن ذلك يسير بالنظر إلى الكل.

قوله: (وإن استحق جل ما بيده)(١). يريد بالجل هنا أكثر من نصفه.

قوله: (فإن استحقت شاة من يد أحدهما لم ينتقض القسم)(١). هذا إذا لم تكن قيمتها أكثر من قيمة الأربع.

قوله: (ولا يجوز في قسمة تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل)(٢). لأنها إما أن تكون بيعا فلا يجوز لأمرين: أحدهما بيع الطعام بجنسه متفاضلا، والثاني أنه إذا اتحد مال الربا من الجهتين فلا يجوز معه غيره.

وإن كانت قسمة لم تجز أيضا لأنها تَميزُ حظ، فإذا زادوا دراهم ولم تكن في المقسوم أولا خرجت عن القسمة.

قوله: (لا يجوز بيع حنطة ودراهم بمثلها)(٢). لهذا ثلاث صور:

إحداها متفق على منعها وهو مُدّ حنطة ودراهم بمد حنطة لتحقق التفاضل.

والباقيتان مختلف فيهما فمن ذلك مُدّ ودرهم بمد ودرهم، أجازها أبو حنيفة، قال: لأن الدرهم في مقابلة الدرهم والمد في مقابلة المد، وبيع المسلم إذا أطلق فإنما يحمل على الصحة، ووجه المنع أنهما جعلا الجملة في مقابلة الجملة فصار لكل واحد من الدرهم والمد حظ من الدرهم والمد، وربما استوعب أحد المدين المد من جهة أخرى مع بعض الدراهم فدخله التفاضل

(١) التهذيب (٤/ ٢٠٨).
(٢) المصدر نفسه (٤/ ٢٠٩).

المعنوي ، ولو قالا الدرهم في مقابلة الدرهم والمد في مقابلة المد صح ، وكانت صفقتين . والثالثة مُد ودرهم بمُدين ، فأبو حنيفة يجيزها أيضا ، وهي ممنوعةٌ عندنا والبحث كما تقدم.

قوله: (فإن كان القمح مختلفا [٢١٠/ب] **سمراء ومحمولة أو نقيا ومغلوثا لم يجز في البيع)**(١). لأنهما جبَرَا النقص بالزيادة بمحض البيع فدخله التفاضل المعنوي والخطر ، ولا في القسمة للخطر أيضا وكثرة الغرر ، فامتنع بخلاف الاتفاق فإنه يجوز في القسمة وإن كانت علىٰ التراضي ، لأنها ليست بيعا من كل وجه ، ولأن لكل واحد منها نصيب في كل جزء من المقسوم وإنما ميزا حظوظهما ، بخلاف البيع الذي يأتي فيه بالعوض بالعشرة التي أخذ كل واحد منهما حظه وتبقىٰ عشرة أقفزة وثلاثون درهما لأحدهما بالأصالة ، من ذلك خمسة أقفزة وخمسة عشر درهما ثم تدفع خمسة أقفزة في خمسة عشر درهما ، ففي هذا الذي اختلفا فيه تحقق البيع فقط ولا محذور فيه ، ولم يجز ذلك في البيع لما فيه من دفع الكل عن الكل فيدخله التفاضل ، وهذا معنىٰ قوله: {**(بأن هذا لم يأت فيه أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم فيفسد)**(١).

قوله}: (فأخذ هذا ستين قمحا وأربعين شعيرا)(١). إنما صح هذا علىٰ ما تقدم لأن حاصله أن أحدهما صار له أربعين قمحا وشعيرا بالأصل ، والثاني مثلها في مقابلتها ثم دفع لصاحبه حظه من عشرين قمحا في حظه من عشرين شعيرا ولو كان بيعا لم يجز لأن فيه غاليا (.) ودون فيدخله التفاضل المعنوي.

قوله: (فأخذ هذا الحنطة وهذا القطنية يدا بيد)(١). هذا يصح في البيع وغيره لجواز التفاضل فيه ، ولابد من العلم بالتماثل أو التفاضل وإلا كان خطرا

---

(١) التهذيب (٤/٢٠٩).




من المزابنة لأنها ضربان: بيع معلوم بمجهول من جنسه فيمتنع للتفاضل. وبيع معلوم بمجهول من غير جنسه فيمتنع للخطر.

قوله: (لم يجز إلا أن يحصداه مكانهما)[1]. لئلا يتأخر القبض ولابد في الطعام بالطعام من التقابض، ويشترط في الصنف الواحد شيئان التقابض والعلم بالتماثل، فلذلك يشترط الحصاد والكيل.

قوله: (فبنىٰ أحدهما أو غرس)[1]. هذا لا يرد الذي بقي له بعد الاستحقاق، لأنه قد فات بالبناء أو الغرس، والمعَيّن إذا فات يرجع فيه إلىٰ القيمة، بخلاف الذي لم يبن إن استحق معظم حظه رجع بذلك في عين نصيب صاحبه وانتقض القسم.

وإن كان يسيرا رجع بالقيمة عند ابن القاسم، ويرجع في عين حظه عند أشهب.

قوله: (فأما إن دفع إليه المستحق قيمة ما عمر قائما)[1]. لأنه بنىٰ بشبهة فإن أبىٰ دفع له العامر قيمة أرضه براحا.

فإن أبيا كانا شريكين في ذلك؛ هذا بقدر قيمة العمارة قائمة. والآخر بقيمة الأرض براحا.

قوله: (بثمن قيمة ما بيده)[1]. لأن (.) نصيبه يصير كأنه لم يتركه الميت وينوبه منه ثمنه فيرجع بقيمة ثمنه.

قوله: (فاستحق منها خمسون)[2]. لا خلاف إذا استحق الأكثر أن له الرجوعُ، وفي الأقل لا رجوعَ، وفي النصف القولانِ لأنه سلم الجل وفات الجل.

فإن قيل: إنما الجل الأكثر، قلنا مسلم أن الأكثر جل ولا نسلم أن الأجل

---

(١) التهذيب (٤/٢١٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١١).

{إلا} الأكثر.

إلا أنه هنا إذا استحق الأكثر جاز أن يتمسك بالباقي بما يقابله من الثمن وإن استحقت الصفقة، لأن ذلك معلوم الثمن.

وقال أشهب: يلزمه التمسك بما بقي ولكن مدا واحدا، لأنه يرىٰ أن ذلك صفقات متعددة وكل إردب بثمن معلوم.

والمذهب أنه صفقة واحدة، لأنه إنما يرغب في شراء الكل وعليه وقع العقد.

قوله: (فإنما له أخذ الجميع أو رده)(١). فرق بين العيب والاستحقاق، لأنه في الاستحقاق يرجع بما بقي عنده معيبا بالاستحقاق في الجل والأجل فينقض الصفقة، وفي اليسير لا يرجع إلا بالقيمة. وفي العيب لا يرد المعيب البتة ويتمسك بغيره، بل يلزمه الجميع أو يتماسك دون [٢١٢/أ] أرش، لأمرين:

أحدهما: أن الحنطة وسائر الحبوب في الغالب أكثر ما تباع مجموعة لا مفرقة لأن ذلك ينقص ثمنها.

والثاني: أن المعيب وحده يزهد فيه حتىٰ يخلط بطيب ينفق به ففي رد المعيب وحده ضرر بالبائع.

قوله: (وإن لم يكن جله)(١). قد ثبت أنه يرجع بذلك قيمة ولا ينقض القسم، ووجهه أنه لما استحقت دار وهي نصف عشر الكل فقد خرج عن يده نصف عشر ما وجب له فيرجع بقيمته، لأن ما بيد صاحبه قد فات بالقسم فلا يرجع في عينه، وعلىٰ قول أشهب يرجع في عين ما يقابل المستحق فتصير دار من التي صارت لصاحبه بينهما بنصفين، لأن القسم انتقض فيها وإنما فات عوض

---

(١) التهذيب (٤/٢١١).

المستحق بالقسم وبحوالة السوق، بخلاف المستحق لا يفوت بذلك.

والفَرْق أن المستحق تصرف فيه المستحق منه بغير إذن مالكه وفي عوضه (.) فيه من هو بيده بتسليط مالكه.

قوله: (بخلاف الدار الواحدة)[١]. أي تنتقض القسمة فيها باستحقاق الجزء اليسير منها وذلك لضرر الشركة فيها.

قوله: (إلا أن لا يضره ذلك)[١]. أي بأن يمكنه القسمة ولا (.) على ألا تنتقض القسمة.

قوله: (فلربها أخذه وقيمة ولدها)[٢]. هذا المَذْهَبُ، وكان مقتضى الدليل أن يأخذ الأم والولد لأن غاية ما في الباب أنه أخطأ بالاستيلاء والخطأ في أموال الغير كالعمد، وإنما يسقط ذلك عنه الحد والصداق، لكن الإجماع على أن الولد حر لأنه دخل على الحرية وظن ذلك فيُنزِلُ الشرع ظنَّهُ منزلة التحقيق.

قوله: (يوم الاستحقاق)[٢]. وهو يوم الحكم لأنها قبل ذلك على الرد، وقيل وقت الوطء لأنه مظنة الحمل، وقيل بالحمل، وقيل الأكثر من ذلك.

قوله: (يأخذ قيمتها)[٢]. لأنه بالوطء أتلفها كما لو قتلها، وهو إتلاف بالفعل أقوى منه بالقول كالعتق، وكذلك قيمة الولد على الحرية ولا خلاف أنها تقوم بمالها إن كان لها مال، لأن مال العبد صفة له فقُوِّم بها كسائر صفاته، وفي الولد قولان: لأن أحدهما يقوم بماله، والثاني دون ماله. لأنه قال في المدونة: إذا كان الأب معسرا وللولد مال فيأخذ قيمته من ماله، فدل على أنه يُقَوَّم دون ماله لأنه لو قُوِّم بماله أخذ المال أولا ثم قيمته، لأن قيمة المال هي المال فهل

---

(١) التهذيب (٤/٢١١).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١٢).

يأخذ قيمة الولد يوم الولادة فتلزمه وإن مات، أو يوم الحكم قولان.

قوله: (ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها)[1]. أي تلزم الأب قيمة الولد حينئذ على قولَيْ مالك الأوَّلَين، لأن القيمة إنما كانت في حق الأب لِما يدخل عليه من العار باسترقاق أم ولده.

قوله: (لأنها لو كانت قيمتها قبل الاستحقاق)[2]. أي لو كانت القيمة يوم الحمل أو الوطء لم يكن له من قيمة الولد شيء، وقد أجمَعنا على أنه لابد من قيمة الولد فدل على أن القيمة يوم الحكم، وإذا هلكت عنده لم يرجع عليه المستحق بشيء لأنه قد خسر ثمنها إذ ماتت في ضمانه، وإنما يرجع على من باعها منه إن كان غاصبا، وإلا فمن قبله من البائعين إذا تبين كونه غاصبا وإلا فلا شيء له، ولا يرجع أيضا المستحق منه على بائعها إن هلكت عنده قبل الاستحقاق لأنها على ضمانه ماتت فليس لربها إلا أن يأخذها (.) لأن المشتري ما تعدى عليها. وكذلك إذا هدم الدار فوجدها المستحق مهدومة فإنما يرجع بها كذلك أو يُجيز البيع ويأخذ الثمن، فإن كان الثمن عرضا وهو باق عند المشتري أخذه أو قيمَتَه إن تَلَف. [٢١٢/ب]

قوله: (وينتقض القسم)[3]. لأنه استحق كل ما صار له فتصير التركة ما عداه.

قوله: (وإن بيع من النقض شيء فله ثلث ثمنه فقط)[4]. لأن تصرفهم صحيح.

قوله: (فعميت عنده)[4]. فلا شيء عليه لأنه لم يتعدّ بوجهٍ.

---

(١) التهذيب (٤/٢١٢).

(٢) في التهذيب «قال مالك: وإنما يأخذ قيمتها يوم يستحقها؛ لأنها لو ماتت عند المبتاع قبل أن يستحقها ربها، لم تلزم المبتاع قيمتها» (٤/٢١٢ ـ ٢١٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢١٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢١٤).

قوله: (جاز أن يقتسماه على التراضي أو بالقيمة)(١). المذهب ألا يجوز قسم الأشياء المختلفة بالسهم مطلقا، فإن اتفق النقض بأن يكون حجرا كله أو خشبا صحت قسمته بالقرعة وإلا فلا يجوز. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه يجوز ذلك لكن بالتراضي من الورثة بها.

قوله: (رفعا ذلك إلى الإمام)(١). لأن للغائب حقا في أن يدفع لهما قيمة النقض مقلوعا بعد حط أجرة القلع منها إن لم يكونا ممن يتوليان ذلك بأنفسهما فلهما أن يقولا نحن نزيله بأنفسنا فإن قلعاه دون إذن الإمام أو رب الأرض إن كان حاضرا صح ذلك، ولا أجرة حينئذ لرب الأرض في دفع قيمته، لأنه قد انفصل عن أرضه لكنهما يعذران إن لم يعذرا بجهل في ذلك.

قوله: (هو أعلم بذلك)(١). أي قد يعلم أن لرب الأرض مالا أو من يسلفه أو لا فيترك الأخذ له وإذا كانت العارية لغير أمد رجعَ فيها عند الأجل الذي يقضي به العرف أن ذلك يصار لمثله، هذا المَذْهَبُ.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: له نصفه متى شاء، لأن البناء لا أجر له وقد أعاره لغير أجل فمتى شاء أزالهُ فعل، والمقاواة أن يتزايدا في ذلك، فيقول أحدهما لصاحبه: عندي في حظك دينارٌ، فيقول الآخر: عندي في حظك ديناران، إلى أن ينتهيا إلى ثمن على أحدهما، فإن باعاها من أجنبي كان لرب الأرض الخيار في أخذه بالأقل من القيمة أو الثمن.

وقال أشهب: لا يصح هذا البيع لأن المشتري لا يدري هل يبقى له ما اشترى أو لا وما يحصل له عوضا عما دفع. واعترض على أشهب بجواز البيع المشقص فيه الشُّفْعَة، لأنه أيضا لا يدري هل يبقى له أوْ لا. وفرق بأن الأخذ

(١) التهذيب (٤/٢١٤).

بالشُّفْعَة بالثمن فالجهل فيه أقل، وأيضا فإن الشُّفْعَة على خلاف الأصل، فلا يعترض علينا بما ليس في معناها.

وإن باع أحدهما حظه من أجنبي كان الباقي أحق بذلك مع ضرر الشركة، وسمى هذا شفعة لأنها تشابهها في دفع الضرر، وإلا فلا تجوز الشُّفْعَة في هذا النوع لأن الأرض ليست لهما.

قوله: (ويقسم الجدار)(١). مذهبُ مالك وابن كنانة أنه يقسم كل شيء وإن لم يبق في الأقسام المنفعة الأولى، وغيرهما يقول: لابد من القسمة أن يبقى في كل قسم جنس المنفعة الأولى القريب، لأن البعيد فلابد عندهما ولا في جزء الحمام أن يصح كونه حماما. وسبب الخلاف: هل المُراعى في القسم رفع الضرر مطلقاً، أو رفع ضرر خاص وهو الواقعُ بالشركة، وقسمةُ الحائط أن تكون في الطول لا في العرض لأنه لو قسم في العرض صحَّ لكل أحد منهما ما لا ينتفع به لضيقه ولا يقدر أن يجعل خشبه على حظهما، بل لابد أن يمر بها على حظ صاحبه ولو هدمها صح قسمة موضعه عرضا، ويضم ذلك إلى موضعه. والماجل: الصهريجُ.

قوله: (وإن كان لكل واحد عليه جذوع لم يقسم)(١). لأن ذلك يؤدي إلى إزالة الجذوع وهو ضرر.

قوله: (فلا يقسمان إلا بتراض)(٢). لأن قسمة التراضي بيعٌ، وقسمة القرعة جبرٌ، فلا تكون بالضرر.

قوله تعالى ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧]، مخصوصٌ

(١) التهذيب (٤/٢١٥).
(٢) المصدر نفسه (٤/٢١٦).



بالحديث: «لا ضرر ولا ضرار»[1].

قوله: (ينتفع)[2]. أي على حد الانتفاع الأول: في الدار دار، وفي الحمّام حمّام.

قوله: (بالقِلد)[3]. وذلك بأن يعلم كم يجري من الماء في يوم وليلة بقدر مثقوبة، ثم تقسم أرطال المجتمع على الفريضة [٢١٣/أ] ثم يجعل إناء مثقوب بعد ذلك على ساقيةِ كلٍّ واحد منهم، ويجعل فيه من الماء بقدر ما له من الماء أبدا، ويحفظ أبدا في ثقب الإناء حتى لا يتغير عن حاله.

قوله: (إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك)[4]. هذا متناقض، لأن اشتراط الاعتدال إنما يكون قسمة السهم والتراضي في قسمة التراضي، فهذا يخرج على قول من يجيز القسمة المختلفة بالسهم مع الرضا لا الجبر، وليس من أصل ابن القاسم.

قوله: (فلِمَن أَبى البيعَ أَخْذُ ذَلك)[4]. أي يكون أحق به ممن زاد فيه أخيرا.

قوله: (فأراد أهلُ خارِجها)[4]. أي يجوز لأهل الخارج تحويل الباب المشترك إلى موضع لا ضرر على الداخلين في المرور عليه ببعد أو ضيق، وإن أخر ذلك بهم في الأمرين أو في أحدهما لم يجز.

قوله: (فللخارجين منعهم)[5]. لأنهم تطرقوا بتلك الأبواب إلى التطلع

(١) الحديث تقدم في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، باب الحكرة.

(٢) التهذيب (٤/٢١٧).

(٣) التهذيب (٤/٢١٧)، راجع تعريفه عند قوله: (قوله: بالقلد) وقوله: (ولو قسم المجرى).

(٤) التهذيب (٤/٢١٧).

(٥) المصدر نفسه (٤/٢١٨).

علىٰ ما لا يجوز لهم. كما لا يجوز لأحد أن يفتح بابا في زقاق نافدا أو غير نافد إذا قابل باب غيره.

قوله: (فللشريك منعه)[1]. لأنه تصرف فيما لا يختص به بفتح باب، وإنما هو مشترك له.

قوله: (لم يقبل منه)[1]. لأن الخارج له في قسمة القرعة غير معين.

قوله: (فذلك له إن أراد ارتفاقا)[1]. أي إن لم يقصد ضررا فإن مر هو وأهله جاز، وإن أكثر المرور علىٰ صاحبه بأهله وغيرهم فله المنع.

قوله: (الأجنحة)[2]. أي البناء الخارج عن حائط إلىٰ زقاق، ويسمىٰ الرواشق يريد أن من (.) لها من الفناء غير داخل في القسمة هذا إذا كان في زقاق غير نافذ، لأن قسمة الفناء ضرر بأهله إلا أن يتسع جدا فيحصل لكل واحد ما ينتفع به. وأما الفناء الذي في طريق الناس فهذا يستوي فيه الناس، ولا يجوز لمن يلي حائطا أن يبني فيه إلا ما يجوز في العرف مما يقوي حائطه.

قوله: (لا يعد من الفناء)[2]. أي وإن كانت في هوائه وهو تعد، أي الأجنحة تعد من البناء وإن خرجت عن الحيطان.

قوله: (لا بأس بالتفاضل)[2]. لأن قسمة التراضي بيع.

قوله: (أو مؤجلا)[2]. لأن الدين من أحد الشقين لا يضر.

قوله: (أو علىٰ هبة)[2]. مثل أن يقول: خذ هذا بهذا علىٰ أن أهبكَ كذا.

قوله: (ولا يجوز علىٰ دين مسمىٰ)[2]. أي لا ينفع وجود التسمية إذا كان

(١) التهذيب (٤/٢١٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١٩).




الأجل مجهولا كالثمن في البيع.

قوله: (**لا بأس بأرزاق القضاة**)[1]. كل من عمل عملا ينفع المسلمين فله في بيت المال حق.

قوله: (**إذا عملوا على حق**)[1]. أي إن لم يكن عدلا في أفعاله وأحكامه فما يأخذُ من بيت المال حرام، وقد كان السلف يأخذون على ذلك من بيت المال.

قوله: (**وأكره لقسام القاضي**)[1]. لا خلاف أنه لا يجوز للقاضي من الخصوم شيء لأنها رشوة، وأما القسام فلا يجب عليه تمييز الحقوق لغيره إلا بأجر لكن (.) له الأجر، لأن قسمته تتميم لحكم القاضي، ولا يلزم القاضي تمييزها أيضا بنفسه.

قوله: (**لأنه إنما يفرض لهم من أموال اليتامى**)[2]. فإن كان من بيت المال لم يكره، وكذلك إذا أخذ من أموال اليتامى بالعدل صح، ويعني بصاحب السوقِ: المحتسبَ، لأن أخذه من أهل السوق رشوة.

قوله: (**وأجر القاسم على جميعهم**)[3]. المذهب أنه على رؤوسهم لا على الفرائض، لأن التعب في ذلك سواء بل الجزء الأصغر يورث من التعب أكثر، وكذلك أجر كتاب الوثيقة، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: فيهما: أنه على قدر الأموال. وأما في الشُّفْعَة فالمذهب هناك: أنهم يشفعون على قدر أنصبائهم لأن الشُّفْعَة (.)، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أن الشركاء يشفعون على قدر رؤوسهم.

قوله: (**مذارعة بالسهم**)[1]. أي من غير تقويم بل تقسم الأذرع عليهم. ولَنَا

---

(١) التهذيب (٤/٢١٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١٩ ـ ٢٢٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٢٠).

قَوْلٌ ثَانٍ: أنه لا يجوز للغرر.

قوله: (إلا أن يتراضيا)[1]. [٢١٣/ب] أي فتجوز قسمة، ولا يجوز أن يتراضيا أولا على أقسام مختلفة ثم يقترعان بَعدُ لأنه خطرٌ.

قوله: (ما لا ينتفع به)[2]. لأن كل قسمة أحدثت ضررا فلا تجوز، لأنها شرعت لإزالة الضرر، وإذا كانت الساحة مشاعة أمكن انتفاع كل واحد منهم بها مطلقا، وليس من مكارم الأخلاق إذا كانت مشاعة أن يماكس الرجل شريكه فيها بجزء يسير لأنه أمر لا يتأبد، بخلاف بناء أحدهم فيها لأن ذلك ضرر يتأبد فلم يجز، فالسطح يقوم مع البناء لأنه من جملة الأبنية، فيضاف إلى الغرفة لأنه بذلك يمكن الانتفاع بها.

قوله: (ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة السفل)[2]. لأنها بينهم، ولأنه لا يمكن تسليم العلو دون أن يرتفق بالسفل.

قوله: (ولا مرتفق لصاحب السفل في سطح الأعلى)[2]. لأنه قد قسم واختص به صاحب العلو، ولأنه لا ضرورة له إلى ذلك بخلاف العكس.

قوله: (ويضيف القاسم قيمة خشب السطح)[2]. يريد أن السقف تابع للسفل أبدا بدليل أنه إذا باع قاعةً دخلَ السقفُ بمجرد الإطلاق في العقد لأنها جزء منها، ولو باع قاعة عليها علو لم يدخل العلو بالإطلاق لأنه ليس منها، وكذلك سقف كل علو للسفل ويكون للعالي الانتفاع بما تحته وإن لم يبين ذلك لأنه معلوم، فيكون بناء السقف أبدا على الأسفل لأنه ملكه، فإذا انهدم العلو على السفل وتهدم سقف السفل كان بناء السقف على الأسفل، لأن سقف كل

---

(١) التهذيب (٤/٢٢٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٢١).

بيت تابع لأسفله. فلو سقط حائط من الأسفل فاحتاج العلو إلىٰ خشب يحمله ريثما يبني، فالمذهبُ أن أجرَ الخشب علىٰ صاحب السفل لأن عليه حمل العلو مطلقا، وقيل علىٰ الأعلىٰ لأن صاحب السفل يقول: إنما علي أن أحمل العلو بالبناء لا بالخشب وها أنا أبني.

قوله: (جبر رب الأسفل علىٰ بنائه أو يبيع)[1]. ظاهر هذا الكلام أن كل مبتاع لذلك يخير بين أمرين، وهذا أمر يؤدي إلىٰ التسلسل.

وقال أشهب: بل يجبر الأول علىٰ البناء ويباع عليه موجوده في ذلك مطلقا للتسلسل من أول وهلة.

قوله: (وكل واحد أولىٰ بما بين يدي بيته)[2]. أي لا يتصرف أحد سواه من الشركاء في ذلك بما يضره، وإن كان شريكا له فيها علىٰ الإشاعة، فيختص هو بأن له التصرف في ذلك مطلقا، ومن عداه له التصرف بقيد عدم الضرر به؛ فلا يطرح أمام بيت غيره ما يضره في دخوله وخروجه إن كان في الساحة سعة، وإن لم تكن سعة فيطرح ذلك أمام بيت شريكه ولكن لا يضره بمنع الدخول والخروج.

قوله: (رفعوا الطريق)[2]. أي أخرجوه من المقسوم ليبقىٰ مشاعا، لأن قسمته ضرر وكل قسمة أحدثت ضررا لا تجوز.

قوله: (ولا يرفع لهم طريق)[2]. أي لا يخرجوا الطريق عن القسمة بل يقسموا الجميع، لكن هذا إذا كان لكل واحد حيث يجعل لنفسه طريقا وإلا لم تجر القسمة، لأنه لم يحصل التسليم إلا بالتمكن من المنافع.

---

(١) في التهذيب «جبر رب السفل علىٰ أن يبنيه، أو يبيع ممن يبنيه» (٤/٢٢٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٢٢).

قوله: (ولم يذكروا رفع الطريق)(١). أي إن سكتوا على ذلك فرفع الباب في حظ أحدهم، فإن رضي بالدخول عليه صح وإلا لزمه بالجبر أن يمر على بابه وتكون (.) لمن حصل في حظه، إلا أن يكون هناك (.) يفتح غيره طريقا لنفسه في حظه فلا يجبر حينئذ.

قوله: (فاختلفوا في سعة الطريق)(١). رجع في ذلك إلى العرف فيما يدخل عليه الحمل والدابة، ولم يجز ذلك لقوله: لا أعرف عرض باب الدار. وكذلك المحجة (.) يرجع فيها إلى العرف، وقيل بقدر ما يجوز [٢١٤/أ] فيها جملان مُحملان يذهب أحدهما ويجيء الآخر.

قوله: (إن كان له موضع)(١). وإلا لم يجز لأنه لا يمكن الانتفاع بذلك. وينبني عليه فرع:

لو اقتسما دارا فأخذ أحدهما دبرها على أن يفتح لها بابا (.) إلى موضع آخر له، ثم إن ذلك الموضع استحق منه، فالمذهبُ أن القسمة تبطل لأنه تبين (.) أخذ ما لا يقدر على الانتفاع به.

وقيل: يصح لأنها وقعت صحيحةً، ونظيره: لو اشترى زرعا قبل بدو صلاحه في أرضه ثم استحقت الأرض فالمذهب فساد الشراء لأنه إنما صح على التبقية وقد ذهب المتبوعُ.

قوله: (جبر عليه من أباه)(١). إن قلت: كيف يجيز أحد على ملكه (.) قيل: هذا إذا كان بيع الشقص ينقض ثمنه عن بيعه عن الجملة، وذلك أن الشريكين دخلا على ألا ضرر فيمنع كل واحد من التصرف بملكه بما يضر غيره، لا يجوز له أن يفتح في داره بئرا إلى جانب حائطِ جارِه ولا كَنيفا ولا طاقاً

(١) التهذيب (٤/٢٢٣).




يُشرف منه على جاره.

قوله: (وللآبي أخذ الجميع)[1]. أي يجبر على ذلك لأن مقصود الأخذ قد حصل بتكثير الثمن.

قوله: (ثم يضرب بالسهم)[2]. أي يكتب أسماءهم في سهم له جهات مسطحة بعددهم ثم يرميه بالأرض فمن علا اسمه دفع له أولا حظه من الأجزاء التي قد قومها وعدلها، من أي جهة كانت من شرق أو غرب أو غيرهما، فإن أبى ضرب القرعة على الجهات. وقيل: تكتب أسماؤهم في رق يجعلها في بنادق شمع أو طين ثم يؤخذ واحدة من الجميع، فمن خرج اسمه أعطاه أولا، فإن أبى تلك الجهة رجع فكتب اسم الجهات في ورق وجعلها في بنادق ثم أخذ منها واحدة ومن بنادق أسماء الورثة أولا، وأسماء الجهات أيضا، مخافة أن يختلفوا في الجهات فيحتاج إلى قرعة أخرى.

قوله: (يقسم على أقلهم سهما). لأن قسمته على الأعظم تؤدي إلى قسمة أخرى كثمن وربع، فيقسم الموضع أثمانا لأن الربع ثمنان، فإذا اجتمع الربع والخمس والسدس قسم الموضع أسداسا، ثم يكتب أسماء المواضع وأسماء الورثة، ثم اضرب بالبنادق التي فيها أسماء الورثة واحد منها واحدة، ثم بأسماء الجهات واحد واحدة، فإن خرج صاحب السدس واسم موضع حيث كان من الأقسام الستة دفعت له، ثم رجع فضرب ثانيا، فإن خرج صاحب الخمس أعطاه سدسا وإن كان له الخمس من السدس الذي يليه، وإن شاء أولا طلب أمام عدد يقسم منه بلا كسر وذلك ستون، وقسم الموضع ستين قسما، وإن شاء بعد دفع السدس قسم الكل ثانيا أخماسا لمكان صاحب الخمس.

---

(١) التهذيب (٤/٢٢٣).

(٢) هذا إلى قوله: (ولا يجمع حظ رجلين) كله من التهذيب (٤/٢٢٤).

قوله: (إذا تشاحوا على أي الطرفين يضرب). كان ينبغي ألا يلتفت إلى هذا لأنه لا فائدة فيه، إذ لا يدري أحدهم بالقرعة ما يحصل له، لكن وجهه رفع التنازع فيما بينهم ولا طريق لذلك إلا هذا.

قوله: (فما خرج عرفه). أي سيدلي بالقسم بينهم منه.

قوله: (وإن انكسرت). مثل زوجة وبنين فيقسم على الثمن، فيعطى للزوجة حظها ويبقى الباقي بين العصبة مشاعا، كما إذا اجتمع في السهم أكثر من واحد وإن شاء اقتسموا ثانيا، وهو قوله: **(ثم يعرف أيضا سهام من بقي فتضرب على أقلهم سهما)**. إن كان فيهم أنثى.

قوله: (لم ينظر إلى قول واحد منهم). إذ لا فائدة في ذلك كما تقدم، فاعتبر مع كثرة العدد قطع النزاع، ولأنه [٢١٤/ب] إذا بقي اثنان: ذو سهم وعاصب، فلا وجه لأحد؛ أحدهما بالقرعة، والباقي الذي يبقى بلا قرعة.

قوله: (لا في الوسط). لئلا يؤدي إلى تفريق ما للعاصب.

قوله: (وكذلك إن كان الولد والعصبة عددا). أي كثيرا فإن الباقي يكون بينهم كأهل سهم ولا يلزم القاسم للفريضة أن يميز ما بينهم إلا في قسمة ثانية إن اختاروا كأهل السهم الواحد.

قوله: (ولا يجمع حظ رجلين). أي إذا كانا من أهل سهمين بخلاف النساء يجتمعن في سهم واحد كالزوجات إلا في مثل هذا أي إذا خرجوا في سهم أو في تعصيب.

قوله: (فكل ما أضر بجاره من ذلك منع منه)[1]. يعني أنه لا يجوز للرجل

---

(١) التهذيب (٤/٢٢٥).




أن يتصرف في ملكه إلا بما لا يضر جاره للحديث: «لا ضرر ولا ضرار»[1]، فلا يحفر بئرا إلىٰ حائط أو يتخذ كنيفا أو قناة هناك.

قوله: (**واستخفا اتخاذ التنور**)[2]. أي (.) ناره غالبا فلا يضر بالجار.

قوله: (**وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة**)[2]. لأنها مملوكة لأهلها، ولا يجوز لأحد منهم أن يتصرف في ملكه بما يضر جاره مثل أن يقابل بابه بفتح باب أو يقاربه للتكشف عليه في ذلك.

قوله: (**لي فيه مرفق افتح فيه بابي**)[2]. يعني أنك تفتح بابك في هذه السكة في حائطك تضر بجاره يمنعه هو إن أراد أن يفتح بابا هناك.

قوله: (**فلك أن تفتح ما شئت**)[2]. أي بشرط ألا تضر بغيرك.

قوله: (**لم يمنع بنيانه**)[3]. لأنه تصرف في ملكه بالحوز له وإن كان ذميا، ولك أنت أن تعلي مثل ذلك (.) الدار إنما تراد للسكنىٰ لا للضوء، ولأنه وإن أظلم عليه فهو ضرر ولا يدوم لزواله بالبناء والتعلية بخلاف فتح الطاق ينكشف منه عليه. ولنا في الجَرِين إذا بنىٰ جاره في (.) ما يمنعه الشمس قولان: أحدهما أنه يجوز، لأنه تصرف في ملكه، الثاني لا يجوز، لأن الجرين إنما يراد للشمس فقد أضر ببنيانه.

قوله: (**ومنع من الضرر**)[4]. مثل أن يتخذ بإزائه كنيفا أو بئرا أو يفتح طاقا يشرف علىٰ أهله.

---

(١) الحديث تقدم تخريجه في كتاب التجارة إلىٰ أرض الحرب، باب في الحكرة.

(٢) التهذيب (٤/٢٢٥).

(٣) في التهذيب «لم يمنع من رفع بنيانه» (٤/٢٢٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٢٥).

كتاب اللقطة[1]

أما الدنانير والدراهم ونحوهما فالأصلُ فيها الحديث: «مَن اِلْتَقَطَ لقَطَةً عَرَّفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا»[2]، وفي بعض الروايات: «وَعَدَّدَهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهِيَ لَهُ وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا»، وروي: «فاسْتَنْفِقْهَا»[3]، فمن وجد ذلك، فإن كان في موضع مأمونٍ فلا يندب إلى حفظها، وإن كان غير مأمون فإن عَرَف صاحبها تعيَّنَ عليه أن يحفظها له، وإلا ندب إلى ذلك.

قَوْله: (درهما فصاعدا)[4]. لأن ما نقص من ذلك لا يطلبه صاحبه فيتصدق به من غير تعريفٍ، وإذا جاء صاحبها فعرفها دُفعَت له دون يمين على المَذْهَب، وقال أَشْهَب: لابد من أن يحلف أنها له، لأن معرفته كشاهد فلابد من اليمين.

ووَجْهُ المَذْهَب أنه لا منازع له فيها، وعلى قول أَشْهَب كان واحد (.) ينازعه ويطلب تخليص نفسه منها. وإذا عَرف العفاص والوكاء ولم يعرف العدد دفعت إليه على المَذْهَب، لأن هذا مما قد يغلط فيه، فإن جاء غيره فعرَفَ مع

(١) انظر التهذيب، كتاب اللقطة والضوال (٤/٣٧٣)، والذخيرة (٩/٨٧).

(٢) الحديث رواه مَالِك في الموطأ عن زيد بن خالد الجهني بلفظ: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها». كتاب الأقضية، باب القضاء في اللقطة. وفي رواية عند مسلم من كتاب اللقطة: «فإن اعترفت فأدها، وإلا، فاعرف عفاصها، ووكاءها، وعددها». ورواه البيهقي أيضا في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة باب ضالة الإبل: «عرفها سنة، ثم احفظ عفاصها ووكاءها، فإن جاء أحد يخبرك بها، وإلا فاستنفقها». ومسلم في كتاب اللقطة، من حديث عمرو: «فإذا لم يأت لها طالب فاستنفقها» كتاب اللقطة، رقم ١٧٢٢.

(٤) التهذيب (٤/٣٧٣).

ذلك عددَها، فإن كان الأول حاضرا دفعت إلىٰ الثاني، وإن كان بعد أن ذهبت لم يلتفت إلىٰ الثاني لإمكان أن يكون سمع بعددها، وقال لا ترجع إليه إذا لم يعرف وصفا من صفاتها ولو عرف تسعة أعشار صفاتها.

قَوْله: (ويخير صاحبها)[١]. هذا بناء[٢] أن قَوْله: «فشأنك بها»، إنما هو إذنٌ في التصرّفِ لا تمليكٌ، وكذلك قَوْله: «فاستنفِقْها» أي بشرط الضمان، ووجهه قَوْله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[٣]. [٢١٥/أ]

قَوْله: (كانت في رقبته)[٤]. لأنه تعدىٰ في التصرف فيها بخلاف ذلك بعد السنة، لأن الشرع أذن له في تصريفها فكانت دينا في ذمته، إلا أنه لا يثبت كونها لقطة بإقراره إذا نازعه سيده، فإن وافقه أو ثبتت بالبينة لمستحق فحينئذ، وكذلك الصبي.

والعفاص الخِرْقَةُ، والوكاءُ الخيط، وقيل بالعكس[٥].

قَوْله: (فاختلف العلماء)[٦]. أي بعضهم يرىٰ أنه تمليك، وإذا تمت السنة علىٰ قولنا ونوىٰ أن يتملكها بشرط الضمان، قيل: يملكها لمجرد البينة فقط، أو لابد مع البينة من التصرف فيكون نقلها إلىٰ ملكه بالبينة والفعل قولان، فإن قيل: إنه يملكها فتجب زكاتها عليه إن كان له مال آخر كما يزكي المال بيده الذي هو دين عليه إذا كان له عرض سواه.

---

(١) التهذيب (٤/٣٧٣).

(٢) كذا في المتن، ولعل الصواب: هذا بناء علىٰ أن قوله.

(٣) الحديث تقدم تخريجه.

(٤) التهذيب (٤/٣٧٣).

(٥) قال الجبيّ في شرح غريب ألفاظ المدونة: «والوكاء للإناء ما يسدّ به فوه، والعفاص ما يربط به من خيط وشبهه» (ص: ١٠٠).

(٦) في التهذيب «فاختلف الناس» (٤/٣٧٤).

قَوْله: (حيث وجدها)[1]. وإن كانت في صحراء فيكون التعريف في مجمع الطرق ليبلغ الخبر صاحبها، ويقول: من تَلَفَ له شيء! ولا يبين في تعريفه شيئا من صفاتها، فإن كان هو ممن يتناول ذلك بنفسه، وإلا استَنابَ غيرَه وتكون أجرته على رب اللقطة.

قَوْله: (ففيه الخمس)[1]. إن كان الإمام عدلا وإلا دفعه إلى المساكين، وما أشكل أمره هل هو من مال الكفار أو المسلمين دفعه إلى الإمام، وإن لم يكن عدلا أمسكه، وبعد السَّنَة يتصدقُ به على الضّمان كالمعدن لاحتمال أن يكون معدنا في البحر.

قَوْله: (لأنه دفعها بأمر)[2]. يجوز له لكن يجمع بينهما فإن لم يعرف أخذها اتهم أنه لم يرفعها له إلا أن يرجعها إلى الأول ببينة فيبرأ، وإن استوى شخصان في معرفة صفاتها قسمت بينهما.

قَوْله: (ما لا يبقى من الطعام)[2]. إن كان بموضع يباع فيه باعه إن كان له بال وعرف ثمنه وإلا ضمنه.

قَوْله: (بقربه العمران جدا)[3]. لقرب مراعي تلك العمارة فيردها إليها بلدا كانت أو عمودا.

قَوْله: (أكلها)[4]. إذا لم يجد من يشتريها ولا أمكنه ردها إلى العمارة مخافة أن تموت بالجوع والعطش.

(١) التهذيب (٤/٣٧٤).
(٢) المصدر نفسه (٤/٣٧٥).
(٣) ليس في التهذيب «جدا» (٤/٣٧٦).
(٤) المصدر نفسه (٤/٣٧٦).




قَوْله: (هي لك أو لأخيك أو للذئب)[١]. مخصوص بالفلاة، وتسويةُ أحدهما بالذئب الذي لا ضمان عليه دليل علىٰ نفي الضمان فهذا المَذْهَبُ، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه لا يجوز له تملكها، للحديث الآخر: «لا يحلّ مَالُ امرئ مُسْلِمٍ إلَّا عن طِيبِ نفْسٍ مِنه»[٢].

وفي الحديث في ضالة الإبل: «مَالَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا»[٣]، هذا مخصوص بأرض الحجاز وما ماثلها إذ لا سباع فيها، أما في أرض فيها السباع فهي كضالة الغنم والبقر أخذت شبها من النوعين لأن فيه قوة كالإبل ولا يصبر علىٰ العطش مثلها، وهو المراد بالسقاء في الحديث.

قَوْله: (فليفعل بها هكذا)[٤]. أي يخليها ترد الماء وترعىٰ الشجر حتىٰ يأتي ربها يعني إن لم يخف عليها من السباع.

قَوْله: (حتىٰ يدفع إليه ما أنفق)[٥]. لأن ذلك جناية في رقابها فإن شاء ربها افتكّها أو أسلمها، وليس له زيادة عليها لأنه إنما أنفَقَ علىٰ عين ذلك لا علىٰ ذمته ربها إذ لم يأذن له في ذلك.

قَوْله: (كالأجنبي)[٥]. أي يأخذ ما أنفق عليه من سيده أو يسلم إليه رقبته.

قَوْله: (ولم يذكر خارج المصر أو داخله)[٥]. هذا تحفظ في النقل، وأراد

---

(١) التهذيب (٤/٣٧٦).

(٢) الحديث تقدم تخريجه.

(٣) الحديث أخرجه مَالِك في الموطأ، وفيه، قال: «فضالة الإبل: قال: مَالِك ولها معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر حتىٰ يلقاها ربها». كتاب الأقضية، باب القضاء في اللقطة. والبخاري في كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار. ومسلم في أول كتاب اللقطة.

(٤) التهذيب (٤/٣٧٦).

(٥) المصدر نفسه (٤/٣٧٧).

أن له في داخل المصر أحدا ما على إمساكه.

قَوْله: (فلا جعل له)[1]. لأن ظاهر أمره أنه تبرع بذلك.

قَوْله: (فهو لربه)[2]. هذا وإن كان ربه قد تركه رغبة عنه لعدم قدرته في الحال عليه، وقيل: يكون لمن وجده لأن ربه قد تركه.

قَوْله: (فليس لربها أن يفسخ البيع)[2]. لأنه بيع صحيح بإذن الشرع. [٢١٥/ب]

قَوْله: (لم يضمن)[2]. لأنه أمين.

قَوْله: (أخذتها لتذهب بها)[2]. يريد بذلك التزام الضمان له فيصدق الملتقط، لأن الأصل عدم التعدي.

قَوْله: (ضمنها)[2]. لأنه قد التزم حفظها.

قَوْله: (فيذهب ما في الحانوت)[3]. فالسارق الأول يقطع ويضمن ما أخذ الثاني. ولا قطع على الثاني لأنه لم يأخذ من حرز لأنه صار يفتح بابه كالزقاق. ولكن يرجع الأول على الثاني لأنه ضامن أيضا ويضمن الثاني موسرا كان أو عديما لانتفاء القطع.

قَوْله: (فيها أهلها لم يضمن)[3]. لأن أهلها هم المفرطون.

قَوْله: (ولو كان فيها ربها نائما)[3]. لأنه أيضا مفرط. وقال أَشْهَب: بل يضمن هنا لأن ربها إنما نام مستندا إلى أن الباب مغلق فليس بمفرط.

قَوْله: (فذهب الطير ضمن)[3]. لا يجوز بيع الطير بشرط تغريد والجارية

---

(١) التهذيب (٤/٣٧٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٧٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٧٩).

بشرط الغناء ولكن لا يتعرض لذكر ذلك في بيعهما حتىٰ يصح البيع فيضمن هنا قيمة طائر دون صفة.

قَوْله: (فله أخذها)[1]. لأن المتصدق تصدق بما ليس له.

قَوْله: (فليس له تضمينهم)[1]. لكن يضمن الملتقط لأنه علىٰ شرط الضمان تصدق، ولا يجوز له أن يهب ذلك ولكن لو اشترىٰ شيئا فهو هبة ثم استحق، فإن كان مليئا ضمن وصحت الهبة، وإن كان معسرا ضمن المباشر إن أتلفها لأنه لم يؤذن له في ذلك بخلاف اللقطة بعد السنة تصرفه فيها صحيح وإن كانا معسرين ضمن أولها يسيرا.

قَوْله: (وأثبت شاهدا حلف معه)[2]. هذا يرجع له ولا يستأنىٰ بها، ولا [تا][3] تؤخذ منه إلا أن يأتي من يدعيها بأثبت من ذلك لأنه استحقها بوجه مستقل. وأما إذا لم يكن له شاهد فلا يدفع له إلا بعد الاستياء وإن جاء غيره قلعت منه.

قَوْله: (ولا يستحلف مع شاهدين)[4]. لأنه لا حاجة إلىٰ اليمين.

قَوْله: (فإن صدقه العبد دفع له)[4]. ولو قال هو لفلان فإن كذبه السَّيِّد لم يلتفت إلىٰ قَوْله، لأن حوز العبد حوز للسيّد وإن صدقه فإن كان نظر في أمره وإن كان غائبا فإن كان قريبا كتب إليه وإن كان غائبا في موضع بعيد وقفت له.

قَوْله: (لم يقبل قَوْله)[5]. لأن إباقه مُكذّب له إذ المعتق لا يأبق ولأنه يتهم

---

(١) التهذيب (٤/٣٨٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٨١).

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٤/٣٨١).

(٥) المصدر نفسه (٤/٣٨٢).




أن يريد نقض البيع.

قَوْله: (**لأنه لو باعه هو نفسه**)[1]. ليست هذه كالأولىٰ لأن السَّيِّد اعترف ببيعه بعد عتقه فلم يلتفت قَوْله.

قَوْله: (**فإنها ترد إليه إن لم يتهم**)[1]. الفَرْق أن استحقاق الولد قاطع لكل تهمة، وإذا لم يتهم يميل إليها بحبسها صدق ونقض البيع، هذا مع قيام الولد وإن لم يكن ولد ضعف.

قَوْله: (**فقال: ترد عليه إن لم يتهم**)[2]. وقيل: لا ترد عليه البتة.

قَوْله: (**يجوز لسيد الآبق عتقه**)[3]. لأن هذا إخراج مال فيجوز في الغرر والمجهول.

قَوْله: (**ولا يجوز بيعه**)[3]. للغرر، إلا أن يكون موضعه معلوما فيجوز بيعه علىٰ الصفة كبيع الغائب ولا ينقد الثمن.

قَوْله: (**أقيم عليه الحد**)[3]. أي في حال توقيفه ويقطع في السرقة بإقراره، لأنه لا يتهم علىٰ ذلك ويكون ذلك المال لسيده عندنا لأن يده كيد سيّده، وقال أبو حنيفة: للمسروق منه، لأن القطع فرع عن كون المال لذلك الأجنبي. وللشافعي القولان.

قَوْله: (**فليقبل كتاب القاضي**)[4]. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه لا يدفع إليه العبد بمجرد اتفاق الوصفين، لأنه قد تتفق الصفات، حتىٰ يشهد علىٰ عينه أنه الذي هرب له.

---

(١) التهذيب (٤/٣٨٢).

(٢) في التهذيب «قال: أرىٰ أن يصدق وترد إن لم يتهم فيها» (٤/٣٨٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٨٢).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٨٣).

قَوْله: (أحرىٰ أن يدفع إليه)(١). لأنه أتىٰ بشهود أن ذلك الموصوف لهُ، وفي اللقطة ليس له إلا كونه يعرف صفاتها ويدفع له بغير يمين علىٰ المَذْهَب، وعلىٰ قول أَشْهَب لابد من يمينه [٢١٦/أ] أنها له.

قَوْله: (ويتلوم)(١). لا بد من التلوم، ومن أن يضمن ذلك إذا لم يكن له إلا معرفة صفته، أما لو جاء بشاهد وحلف معه فهذا لا يتلوم فيه ولا يضمن لأنه استحقه بوجه شرعي.

قَوْله: (إلا أن يقر أنه عبد لفلان)(١). فإن كان بموضع قريب كتب إليه وإلا دفعه لهذا وضمنه إياه.

قَوْله: (فله وضع قيمتها)(٢). قال ابن عبد الحكم: لا تدفع له لأنها قد ثبت لهذا المعرف ملكا بوجه لا مطعن لهذا المدعي فيه، إذ لا يمكنه أن يخرج هؤلاء العدول بها إلىٰ البلد، ودفعها إليه إضرار بهذا المَالِك لا يجوز، ووَجْهُ المَذْهَب الجمع بين المصالح وقيمتها تقوم مقامها.

قَوْله: (ويطبع في عنقها)(٢). أي يجعل فيه خشبة فيها صورة طابعه، ويوجه معها شهودا يعرفون القاضي أن هذا طابعه كما يجعل علىٰ الكتاب طابعه في شمع ومعه شاهدان يعرفان القاضي أن هذا كتابه وطابعه.

قَوْله: (فإن تلفت الدابة في ذهابه أو مجيئه فهي من الذاهب بها)(٢). وهذه فائدة توقيف القيمة، لأنه إنما أخذ الدابة لتكون في ضمانه لعله يستخرج الثمن الذي دفع فيها إلىٰ أن يردها فتخرج من ضمانه فإن تلفت الدابة وتلفت القيمة التي وقفها معا، فأما الدابة فتكون من الذاهب بها وأما القيمة، فقيل: ينظر إلىٰ ما

---

(١) التهذيب (٤/٣٨٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٨٤).

يؤول إليه الأمر فإن جاء بالدابة كانت القيمة منه وإن لم يجئ بها كانت من المعترف لأنها كانت بمنزلة الثمن عنده، وهذا كالثمن الموقف في المواضعة تلف فينظر: فإن خرجت المواضعة تبين أنه من البائع، وإلا تبين أنه من المشتري وقيل: بل ذلك الموقف ومن فيها لا قيمة لها فهو على ضمان ربه الذي أخذ الدابة، فعليه غرم قيمتها ثانيا للمعترف.

قَوْله: (فإن كان أمينا دفعت إليه)[1]. ولابد مع ذلك من أن يكون له أهل؛ لأنه لا يجوز له أن يخلوا بها.

قَوْله: (هل يكلف الذي جاء بالبغل)[1]. أي بالدابة المذكورة يعني أن الحكم بالصفة جائز، وعلى القول بأنه لا يحكم على الصفة بل بالتعيُّن لابد ممن يشهد على عينها.

قَوْله: (فعدل المعدلين آخرون)[2]. أي لا تقبل العدالة على العدالة إلا إذا كان الذي عدلوا أولا غرباء، فإنهم لا يتهمون وكذلك لو كانوا نساء لأن غالب النساء لا يعرفوا، وأما البلديون إذا لم يعرفهم أحد من أهل العدالة فيتهمون لأن غالب الناس خلاف ذلك، وكذلك لو عدل البلدين قوم غرباء فهذه تهمة ألا يعرفهم عدل من أهل بلدهم.

قَوْله: (ويحبس على ربه سنة)[3]. هذا إذا كان له من ينفق عليه وإلا فالنظر بيعه ويوقف ثمنه.

قَوْله: (فأحب إلي أن يأخذه)[3]. بخلاف اللقطة يجب عليه أن يأخذها إذا

---

(١) التهذيب (٤/٣٨٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٨٤ - ٣٨٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٨٥).




عرف صاحبها لأنه لا مؤنة فيها والآبق قد يهرب منه.

قَوْله: (إن لم يخف ظلمه)[1]. بأن يأخذ لنفسه فينبغي لك حينئذ أن تدفعه لهذا المعرف وتضمه إياه بعد الاستيناء.

قَوْله: (ضمنه لربه)[1]. لأن منافعه له وكذلك أجرته إن لم يعطب هذا الضمان يكون إذا عطب في عمل يعطب في مثله.

قَوْله: (ولم يعلم أنه عبد)[1]. رجع هنا على المباشر للإتلاف بخلاف الغاصب يستأجر العبد من شخص فيعمل عنده ويعطب في عمله؛ فيرجع ربه على الغاصب لا على المباشر، وإن كان المباشر في الموضعين لا علم له.

والفَرْق أنه في الغاصب معنا مسبب يرجع إليه، بخلاف المسألة الأولى ليس فيها إلا المباشر، لأن العبد الذي غره لا يصح لسيده الرجوع عليه ولو صدقه الغاصب ولم يعطب فلا أجرة عليه، لأن الخراج بالضمان [٢١٦/ب] وإن اجره من غيره أخرت الأجرة منه على المَذْهَب.

قَوْله: (إنما يضمنها)[2]. لأنه باشر التلف بخلاف ما لو تلف عنده بأمر من الله فليس عليه شيء، لأنه غير متعد ويروج عليه الثمن.

قَوْله: (لم يكن فسخا لكتابته إلا بعد حلول النجوم)[3]. أي إذا حل نجم من الكتابة أو نجوم، ويتلوم عليه ولم يأت فيفسخ الكتابة ويعجز فإن وجده صار عبدا.

قَوْله: (أو يعلم ذلك بعد العتق)[4]. فإن وجد به عيبا بعد ذلك فيحمل على

---

(١) التهذيب (٤/٣٨٥).

(٢) في التهذيب «إنه يضمنها» (٤/٣٨٥).

(٣) في التهذيب «حلول النجم» (٤/٣٨٦).

(٤) في بعض نسخ التهذيب «أو لم يعلم بذلك إلا بعد العتق» (٤/٣٨٦).




أنه حدث بعد العتق لأن الأصل السلامة، كما أنه لو كان يعلم به عيبا فالأصل استمراره ثم زال. وقال ابن حبيب: لا يجزيه حتى يعلم عند العتق أنه سليم.

قَوْله: (**ولا يجوز النقد فيه**)[1]. لأنه غرر فيكون تارة بيعا وتارة سلفا.

قَوْله: (**لم يضمنه المرتهن**)[1]. لأنه مما لا يغاب عليه، ولذلك صدق في إباقه فكان على حقه أي من الرهن.

قَوْله: (**إلا أن يعلم المرتهن بكونه بيد الراهن**)[1]. أي قد وجده وسكت على بقائه عنده حتى أفلس فيبطل اختصاصه.

قَوْله: (**لم يأخذه منه ربه إلا بالثمن**)[2]. لأن الكفار قد ملكوه فإن باعه من غيره لم يكن لسيده أخذه بالثمن بل بيع الأول له فات به، وإنما له ما يزيد في ثمنه الذي اشتراه به أولا، بخلاف العبد في المغانم يباع ثانيا وثالثا فهذا السَّيِّد أبدا يأخذه بالثمن الذي اشترى به.

والفَرْق أنه أخذ من الكفار قهرا فضعفت شبهة ملكهم، والأول أخذه منهم اختيارا بالثمن فقويت شبهتهم، وأما في المغانم إذا تداولته البياعات فهل يأخذه بما اشترى به أولا في المغانم أو بأي بيع شاء كالشُّفْعَة؟ قولان: فالمَذْهَب أنه يأخذه من يد من كان عنده بالثمن الأول ويتراجع بعضهم على بعض.

والفَرْق بين هذا والشُّفْعَة: أن سبب الاستشفاع موجود في كل واحد لأنه شريك له، وسبب الأخذ هنا إنما هو كونه مشتري في المغانم، وهذا إنما يوجد في الأول، ووجه القول الثاني أنه كما كان له أخذه بالثمن مطلقا أشبه الشُّفْعَة.

---

(١) التهذيب (٤/٣٨٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٨٧).

قَوْله: (وكذلك عبيد أهل الذمة)[1]. لا فَرْق لأن الذِّمِّي معصوم المال كالمسلم.

قَوْله: (رد إلىٰ جزيته)[1]. فإن بيع في المقاسم فلا يخلو أن يكون جاهلا أو لبيبا، فإن كان جاهلا لم يرجع عليه مشتريه بشر من الثمن وكانت مصيبة نزلت به. وإن كان لبيبا فهل يرجع عليه بالثمن أو لا؟ قولان، بناء علىٰ أن الغرور بالقول يوجب الضمان أولا، لأن السكوت يجري مجرىٰ القول في مواطنَ هذا منها.

والمَذْهَب في الغرور بالقول أنه لا يضمن، وفي الفعل قولان: المَذْهَب أنه يضمن، ونظيره لو قال حُرٌّ لشخصٍ: بعني وخُذْ ثمني، فباعَه وقبض ثمنه، ثم تبين أنه حر؛ قيل: يغرم الثمن لمشتريه لأنه غرّه بالسّكوت، أو لا يرجع به إلا علىٰ الذي قبضه منه قولان.

قَوْله: (وإن فات العبد بعتق)[1]. أي في الصورتين إذا بيع في المغانم أو في دار الحرب، اعتقه الذي اشتراه في الموضعين أو دبره أو استولدها، فإنه يفوت بذلك كله لقوة الشبهة في الموضعين هذا المَذْهَبُ، وقال أَشْهَب: لا يفوت في الاستيلاد بل يكون كالاستحقاق سواء.

قَوْله: (بخلاف من ابتاع عبدا في سوق المسلمين)[1]. لأنه لا شبهة له في هذا بدليل أن المستحق يأخذه بغير ثمن، وفيما تقدم لا يأخذه إلا بالثمن.



(١) التهذيب (٤/٣٨٧).

كتاب حريم الآبار

بعض العلماء يحده بأدرع معلومة، ويَرْوُون في ذلك أحاديث لم تصحّ عند مَالِك، والقصد بالحريم ألا يضر بالثاني الأوّلُ في جرِّ مائِه إليه، فيرجع إلىٰ العرف عند مَالِك، وذلك مختلِفٌ برخاوة الأرض وصلابتها [٢١٧/أ] وحجرها، وسواء كانت البئر أو العين في أرض اشتراها أو ورثها أو أحياها فملكها بالإحياء، أو في أرض مباحة لكنه لما سبق إلىٰ ذلك اختص بما يحتاج إليه من الماء دون غيره وكان الفضل للناس، وفيه جاء الحديث، وله منع من يحفر قريبا منها لما ثبت له من الاختصاص.

قَوْله: (من مناخ الإبل ومرابط المواشي)[(١)]. هذا حريم آخر لابد منه وإن أمن الإضرار بماء البئر فلا بد من حريم بقدر مناخ إبِله ومواضع مواشيه علىٰ العرف، وإيرادها واحدة واحدة أو نقل الماء إليها إلىٰ موضع آخر إضرارٌ به لا يجوز.

قَوْله: (فله منعها ومنع مائها إلا بثمن)[(٢)]. أما ما كان في ملكه الذي اشتراه أو ورثه فلا خلاف في المَذْهَب أنه يصح له بيعه وأما ما كان في أرض أحياها فكذلك أيضا، إلا أن في المَذْهَب فيه خلاف؛ لأن أصله الإباحة، وذهب بعض العلماء إلىٰ أنه لا يجوز بيع الماء لأن أصله الإباحة، ورووا حديثا: «النَّاسُ مُشْتَرِكُونَ في ثَلَاثَةٍ النَّارُ وَالماءُ والكَلَأُ»[(٣)]، وهو عندنا محمول علىٰ الصحراء والمباح.

---

(١) التهذيب (٤/٣٩٠).

(٢) كذا، وفي التهذيب «فله منعها وبيع مائها»، وفي نسخة «ومنح مائها» (٤/٣٩٠).

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب الجعل والإجارة.

قَوْله: (إلا قوم لا ثمن معهم)[1]. وهل يُتبعون بذلك أو لا ؟ قولان، وكذلك في إطعام (..) ثمن عنده لأنه قد وجب عليه أن يدفع ذلك له بلا ثمن له، ووَجْهُ الثَّانِي أن وجوب الدفع لا يقتضي سقوط الثمن.

قَوْله: (ولهم جهاد من منعهم)[1]. فإن قتل المانع فدمه هدر، وإن قتل المحتاج ففيه القصاص.

قَوْله: (فدياتهم علىٰ عواقلهم)[1]. أي عواقل المانعين لأن القتل خطأ.

قَوْله: (والكفارة)[1]. لقَوْله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ﴾ [النساء: ٩٢]، وهي من مال القاتلين ولو كانوا مائة والهالِكُ واحد.

قَوْله: (مع وجيع الأدب)[1]. تحبيس كل واحد سنة ويضرب مائة.

قَوْله: (وأما في القرىٰ والأرض المحوزة)[2]. أي المباحة لم تملك بشراء ولا إحياء معنىٰ قَوْله: «يمنع به الكَلاء». أي الماشية إنما ترعىٰ في مواضع فيه ماء؛ لأنها إذا رعت احتاجت إلىٰ الماء وإذا كانت عطاشا فلا ترعىٰ فيؤدي منع الماء إلىٰ منع الكلاء الذي هو مباح.

قَوْله: (فلك منعه)[3]. لأنه لما زرع علىٰ غير ماء فهو الذي عرض زرعه للتلف وإن زرع علىٰ ماء فانهارت بئره فخاف علىٰ زرعه ريثما يصلح بئره، فتُجبَر علىٰ أن تدفع له فضل مائك في تلك المدة بغير ثمن، وقيل بثمن، وإن أبطأ في الإصلاح وفرط لم يلزمك ذلك.

---

(١) التهذيب (٤/٣٩٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٩٠).

(٣) في التهذيب «فلك أن تمنعه» (٤/٣٩١).

قَوْله: (عن ماء الأعراب)[1]. يعني الذي يسقون إليه في المواضع المباح فيكونون أحق بحاجتهم ويكون ما فضل على أصل الإباحة.

قَوْله: (وكذلك بئر الماشية)[1]. أي من حفر بئرا في أرض مباحة لماشية فإنها تختص بسقيه بقدر حاجته، وليست كأرض الزرع لأن هذا إحياء فيملك الأرض به.

قَوْله: (ولا بأس بشراء شُربِ يوم)[1]. لأنه معلوم بالعرف.

قَوْله: (أو شراء أصل شرب يوم)[2]. أي شراء الماء بما يقابله من أرض البئر أو العين فيكون شريكا في البئر كلها أو العين.

قَوْله: (ولا شفعة في ذلك)[3]. للحديث: «لا شُفْعَةَ في طَرِيقٍ وَلَا بِئْرٍ وَلا مَجالِ نَخْلٍ»[4]، وإنما تكون الشُّفْعَة في ذلك بالتبع للأرض فإذا قسمت الأرض التي فيها البئر فلا شفعة.

قَوْله: (فباع أحدهم نصيبه من الأرض بغير ماء فلا شفعة في الماء إذا بيع)[5]. لأنه إنما يكون يشفع بشركته في الأرض وقد باع نصيبه قبل ذلك، كما لا يشفع في الأرض من لا شركة له إلا في بئرها.

قَوْله: (لم يضرب الأول معهم)[6]. أي لم يضرب من لا يشارك إلا في الماء من له حظ من الأرض والماء في الشُّفْعَة.

---

(١) التهذيب (٤/٣٩١).

(٢) في المتن «يوما»، والصواب ما أثبته من التهذيب (٤/٣٩١).

(٣) التهذيب (٤/٣٩١).

(٤) الحديث تقدم.

(٥) في التهذيب «فلا شفعة في ذلك» (٤/٣٩١).

(٦) التهذيب (٤/٣٩٢).

قَوْله: (وإذا كان لرجل ماء خلف أرضك)[١]. هذه الصورة [٢١٧/ب] تولىٰ الحكم فيها عمر بن الخطاب للضحاك بأن يجري الماء علىٰ الأرض، لأنه لا يضره ذلك بل ينتفع به. وعن مَالِك فيها قولان: المَذْهَب: المنعُ، خيفة من أن يطول الزمان فيدعي أن الممر له. وقيل: لأنه يؤدي إلىٰ الجهالة لأنه أباح له ذلك بسقي بعض أرضه وذلك مجهول، ووَجْهُ الثَّانِي حُكْم عمَرَ.

قَوْله: (فأراد أن يجري في أرضك)[١]. هذه أيضا حكم فيها عمر لعبد الرحمن بن عوف علىٰ محمد بن مسلمة.

قَوْله: (بأرضك هذه يزرعها سنة)[٢]. أي بمنافع أرضك، يقبض المنافع شيئا فشيئا فأشبه الدين.

قَوْله: (فانهارت)[٢]. لنا قولان: هل يجبر الأمي للعمل عليه أو لا يجبر؟ فالمَذْهَب لا يجبر، ولكن يختص الذي أراد الإصلاح بالماء كله حتىٰ ينتصف من الذي أنفق فيرجع الماء كما كان بينهما. وكذلك إذا احتاجت إلىٰ الكسر ليكثر ماؤها. القولان فإن كسر إحداهما علىٰ المَذْهَب اختص بالزائد، ولا يلزمهم بذل الفضل منه علىٰ حاجتهم لأنهم اشتروه بالنفقة حتىٰ ينصف مما أنفق.

قَوْله: (ولا شفعة في بئر ماشية)[٣]. وكذلك عينها لما تقدم.

قَوْله: (ولا يباع)[٣]. لأن أهلها لم يملكوا الأرض، لأنه ليس حفرا لبئر، وإجراء الماء وحده إحياءٌ.

قَوْله: (ولا بأس ببيع بئر الزرع)[٣]. لأنه ملك الأرض بالإحياء.

---

(١) التهذيب (٤/٣٩٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٩٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٩٤).

قَوْله: (إذا لم يقسم الأرض)[1]. لتصح التبعية.

قَوْله: (وإن لم يؤمن وصول ذلك)[2]. هذا الضابط، ولو كانت قرينة والهواء ساكن لا ريح فيه ثم تحركت فيه الريح فلا ضمان أيضا لأن ذلك بأمر من الله، والأصل استصحاب عدم الريح.

قَوْله: (فعلىٰ عاقلة مرسلها الدية)[2]. لأنه خطأ وإن لم تكن له عاقلة فبيت المال فلهم منعه، ويندبون إلىٰ ذلك إذا لم يكن ضرر ولا يلزمهم، واستدل بهذه المسألة علىٰ التي قبلها لأن الجامع تصرف الرجل في غير ملكه.

قَوْله: (غدران)[3]. الغدير ما يترك السيل، والبركة كما لو دخل بحر النيل بأرض ثم خرج وبقيت منه بركة.

قَوْله: (فلا يمنع من يصيد فيها)[4]. لأن الأصل في ذلك الحوت الإباحة. وقال سحنون: له أن يمنع منه لأنه قد صار في ملكه وأرضه.

قَوْله: (ولا بيع سمكها)[4]. لأن ذلك مجهول.

قَوْله: (لا بأس أن تبيع حصتك من الزرع)[5]. لأنه معلوم ولا تبعه عامين لأن ذلك لم يوجد بعد وإنما يصح بيعه بعد أن ينبت.

(١) التهذيب (٤/٣٩٤).
(٢) المصدر نفسه (٤/٣٩٥).
(٣) في التهذيب «غدير» (٤/٣٩٥).
(٤) المصدر نفسه (٤/٣٩٥).
(٥) في التهذيب «ولا بأس أن تبيع خصبا في أرضك» (٤/٣٩٥).

كتاب إحياء المَوَات(١)

أصله: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ»(٢)، فحصل ذلك بسبب الملك. وذهب بعض العلماء إلىٰ أن ذلك في جميع الأرض المباحة ما قرب منها من العمران وما بَعُدَ، لعموم الحديث.

ومَالِك يخص ذلك بما بعد من العمران، لأن ما قرب يتشاح فيه الناس فلابد فيه من إذن الإمام، وهل ذلك عام في جميع الناس؟ فالمَذْهَب عمومه في المسلم والذِّمِّي لقَوْله: «من أحيا»، وهو عام.

وقيل: لا يكون ذلك للذمي إلا فيما بَعُد جدا من العمران؛ لأن ما قرب منه فيءٌ للمسلمين، والفيء لا يشارك فيه الكفار.

قَوْله: (والإحياء شق العيون وحفر الآبار)(٣). وهذا كله لا يكون إحياء حتىٰ يقترن به زرع أو غرس أو بنيان فإن اقتصر علىٰ ذلك استؤني به، وقيل له بعد ذلك إما أن تحيىٰ أو تتركه فترك.

قَوْله: (إلا بعطية من الإمام)(٤). هذا سبب ثانٍ للملك وهو الإقطاع لمن شاء، إلا أن هذا عندنا تملك به إلىٰ الأبد كالابتياع والميراث.

---

(١) لم يجعله في التهذيب كتابا مستقلا، بل ضمه إلىٰ كتاب حريم الآبار المتقدم. انظر التهذيب (٣٩٦/٤).

(٢) الحديث رواه مَالِك في الموطأ كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات مرسلا عن هشام بن عروة، والترمذي في سننه كتاب الأحكام باب ما جاء في إحياء الأرض الموات، وقال هذا حديث حسن صحيح. ورواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات.

(٣) التهذيب (٣٩٦/٤).

(٤) في التهذيب «إلا بقطيعة» (٣٩٦/٤).




قَوْله: (الذي يحجر الأرض)(١). هذا التحجير لا يملك به، وهو أن يعلم عليها من نواحيها بتراب أو غير ذلك، فروي في ذلك أثر أنه يترك ثلاث سنين فإن أحياها، وإلا كانت لمن أحياها بعده، وليس العمل علىٰ تركه ثلاث سنين.

وأما الحِمىٰ فهو: ما يمنعه الإمام من المواضع القريبة من العمران لأجل الصدقة [٢١٨/أ] أو سلاح الوقف ونحو ذلك، فإنه يصير بمنعه الناس منه وقفا بذلك إذا لم يضر بالناس ويضيق عليهم(٢).

قَوْله: (وعادت كأول مرة)(٣). هذا مَقيسٌ علىٰ الصيد فإنه يملك بالصيد، فإذا توحش وصار إلىٰ مثل حاله الأول خرج عن ملك الصائد وكان لمن صاده ثانيا.

وقال سحنون: بل يملكه إلىٰ الأبد، ويصير بمنزلة مَالِكه بالشراء والإرث، لقَوْله ﷺ: «فهي له»(٤)، وهذه لامُ المِلك فلا تخرج عن ملكه بالدثور.

والفَرْق بينه وبين الصيد أنه لو اشترىٰ الصيد ثم يؤمن بأنه يخرج عن ملكه، ويكون لمن صاده ثانيا، وما يشتريه من غير الصيد لا يخرج عن ملكه البتة اتفاقا.

قَوْله: (إذا أحيا في غير أصل كان له)(٥). أما إذا أحيا ما كان له بشراء أو إرث فلا يخرج عن ملكه.

قَوْله: (فرغوا ما حولها أو حفروا بئرا)(٥). أي أن هذا ليس بإحياء؛ لأنّ الزرع وحده بمطرٍ نزلَ هناك دون إجراء الماء. وحفرُ البئر ليس بإحياء فلا

---

(١) التهذيب (٤/٣٩٦).

(٢) انظر مواهب الجليل (٦/٤).

(٣) التهذيب (٤/٣٩٦).

(٤) يريد الحديث المتقدم.

(٥) التهذيب (٤/٣٩٧).

يختصون برعي ذلك الموضع.

قَوْله: (فذلك إحياء)[1]. أي يملكها بذلك وإن لم يغرس فيها ويجوز له بيعها به.

قَوْله: (ضمن ما عطب)[1]. لأنه مسبب فإن كان هناك مباشر كان الضمان عليه لا غير، بخلاف الغاصب يسلط المباشر فيضمن الغاصب لأنه متعد بوضع يده، وقيل: يؤخذ المباشر، وقيل: يخير فيها فلو حفرها بحيث يجوز له كأرض يملكها أو داره فوقع فيها رجل فمات لم يضمن شيئا، وإنما ذلك إذا حفرها في طريق الناس.

قَوْله: (منع منه)[2]. لأنه لا ضرر ولا ضرار، وعند الشَّافِعي: لا يمنع لئلا يؤدي إلىٰ منعه من التصرف في ملكه وليس أحدهما بالتصرف في ملكه بأولىٰ من الآخر.

قَوْله: (ومن رفع بناءه)[3]. لا يمنع عند الشَّافِعي من ذلك ولكن يمنع من التطلع فقط، لأن ذلك تصرف في ملكه.

قَوْله: (يوقف علىٰ سرير)[3]. لأنه أقصىٰ ما يستعلىٰ به غالبا. وعند مَالِك لا يعتبر سرير ولا غيره، بل إن كانت مرتفعة لا يتطلع منها غالبا جاز، وهو قَوْله: لا ينال النظر إليه.

قَوْله: (وإن رفع بناءه)[3]. لم يمنع، ويقال لجاره: ارفع أنت أيضا. وأطلقَ مَالِك هذا فقال: له أن يُعلي بناءه ولم يفصل بين المسلم والذِّمِّي، ولا يوجد في

---

(١) التهذيب (٤/٣٩٧).

(٢) في التهذيب «منع من ذلك» (٤/٣٩٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٩٨).




المَذْهَب نص في منع الذِّمِّي رفع بنائه على المسلم.

وفي مذهب الشَّافِعي ثلاثة أقوال: أحدها: الجواز، والثاني: المنع لما فيه من استعلاء الكافر على المسلم، والثالث التفصيل: فإن كان مبنيا جاز، وإن كان أراد أن يحدث ذلك لم يجز.

قَوْله: (فعليه كراء ذلك)[1]. هذا المَذْهَبُ التفريق بين الحيوان وغيره، لما يلزمه على الحيوان من النفقة فيكون له خراجه بالضمان.

قَوْله: (فإن أمره بذلك)[1]. هذا مشكل لأنّ يدَ الوكيل يدُ موكله، فينبغي على ذلك أن يبطل الرهن به، لكن أُلغي هذا للضرورة.

قَوْله: (فإن كان دَينُه من قرض)[2]. يعني أن ما يقتَضي من الكراء يختلف بالقلة والكثرة، فيصير مجهول القدر، فلم يجز أن يكون في العقد لأنه يؤدي إلى الجهل بالثمن، فإن كان في قرض أو بعد أن أبرم البيع صحّ الرهن لسلامته من ذلك المحذور.

وقَوْله: (وإن أذن له أن يسقي بها زرعه)[2]. خرجت من الرهن، خلافا للشافعي إنما اشتَرط القَبْض حالةَ العقدِ ويجوز لهُ بعد ذلك أن يرده إلى الراهن، لأن القبض قد حصل فلا يضر عدم دوامه، ومَالِك يشترط دوام القبض لأنه صفة للرهن لازمة، لقَوْله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فمهما تخَلَّفَ هذا الوصف بطَلَ الرَّهنُ.




(١) التهذيب (٤/٣٩٩).
(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٠).

كتاب الحبس

وهو توقيف منفعة العين ينتفع بها الغير إلى أن تذهب العين. [٢١٨/ب]

وأصله قَوْله ﷺ لأبي طلحة الأنصاري: «اِجْعَلْهَا في الأَقْرَبِينَ»[١]، وعملُ الصحابة والسلفِ بعدهم.

ومنع ذلك أبو حنيفةَ[٢] لأن فيه ملكا لا مَالِك له إلا أن يحكم بصحته حاكم فيلزم بحكمه، لأن الحاكم إذا حكم بما فيه اختلاف بين العلماء لَزِمَ، وهو في المَذْهَب على ملك المحَبِّس ولذلك أوجب الزكاةَ فيه، وفي مذهب الشَّافِعي ثلاثة أقوال: على ملك المحبس، أو المحبس عليه، أو انتقل الى الله سبحانه.

واعلم أن لفظ الوقف نصٌّ في التأبيد، وهو في المنافع، ولفظ الحبس ظاهر في ذلك ويحتمل العمرى إن كان على مُعيَّنين، وفيه في المعين قولان: هل يرجع عند انقراضهم إلى ملك المحبس، فلابد من شرط القبول والحوز لأنه هبة، ويجوز في المجهول عندنا كالوَصِيَّة، خلافا للشافعي وأبي حنيفة، أو يبقى حبسا على قرابة المحبس فلا يحتاج إلى قبول ولا حوز؟

وإذا قلنا بالقبول فهل هو شرط في صحة الاحتياط فقط، فإذا لم تقبل الطبقة الأولى بطل اختصاصهم وبقي لمن بعدهم لأنه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل، أو في كونه حبسا فإذا لم يقبلوا بطل الحبس ورجع إلى ملك المحبس؟

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب إذا أوقف أو أوصى لأقاربه ومن الأقارب، عن أنس، ولفظه: قال النبي ﷺ لأبي طلحة: «أرى أن تجعلها في الأقربين»، والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب الوصايا، الوَصِيَّة للقرابة.

(٢) انظر المقدمات الممهدات (٢/٤١٤).

ولفظ الصدقة يقتضي تمليك العين فيكون غير حبس ويحتمل الوقف فإن نواه صح، ومتى انقرضت الطبقة المتقدمة فهل ينقل عن التي بعدها عن المحبس الأول أو عن الطبقة المنقرضة؟ وفائدة ذلك لو ثبت الحبس بشاهد وأيْمان المحبس عليهم: فعلى الأول لابد لكل طبقة من الأَيْمان، وعلى الثاني لا يمين عليهم.

قَوْله: (فذلك في الغزو)[1]. لأن السبيل أكثر ما يستعمل في ذلك، فعند الإطلاق يحمل عليه لا تقترن به قرينة تصرفه، مثل أن يكون ببلد لا غزو فيه كمكة والمدينة.

والمواحيز: جمع مَاحُوز وهي الثغور. ومن استوطن ثغرا فليس بمرابط، بل الثواب في ذلك لمن لا غرض له فيه إلا قصد الجهاد سوى الاستيطان وإن كثرت إقامته.

قَوْله: (ولم ير جدّة من ذلك)[1]. لأنها ليس بثغر ولم ينزل بها عدو بعد النبي ﷺ إلا مرتين: التي ذكَرَ في الكتاب، وفي أيام صلاحِ الدين.

قَوْله: (يجوز النفع به)[2]. أي ينتفع به انتفاع مثله.

قَوْله: (بِيعَ)[3]. لئلا تذهب عينه ويشترى بثمنه ما هو من نوعه إن بلغ أو تقاربه فيما هو من نوعه، بخلاف الرباع فإن أعيانها لا تذهب، ولو أن يجيء من يصلحها بالبناء.

قَوْله: (لا يباع)[3]. لأنه مخالف لغرض الميت في هذه الأعيان.

---

(١) التهذيب (٤/٣١٩).

(٢) ليس في التهذيب، لعل المراد قول ربيعة «كل ما جعل حبسا أو حبسا صدقة، فذلك يصرف في مواضع الصدقة على نحو النفع به» (٤/٣٢٠).

(٣) التهذيب (٤/٣٢١).




قَوْله: (خلاف هذا)[1]. أي تباع، لأن ذلك أصلح من بقائها عاطلة لا منفعة فيها.

قَوْله: (ولم يجعل لها مرجعا)[1]. أي بعد ذلك فهي موقوفة هذا أحد القولين.

قَوْله: (يوم المرجع)[1]. أي يُقَدَّرُ كأنه الآن مات عنها.

قَوْله: (فإنها لا ترجع ملكا)[2]. أي تبقى حبسا على ما يأتي من المجهولين لا ترجع على قرابة المحبس لأنه لم يجعل لها حدا.

قَوْله: (فهو تعجيز)[3]. هذا القول الثاني.

قَوْله: (إذا قال في المعينين حبساً صدقة)[4]. أي لفظ الصدقة قرينة تقضي بإخراجها عن ملكه وجهته فلا ترجع إلى جهته بالملك كقَوْله لا تباع.

قَوْله: (بقدر مرافقهم)[4]. أي بقدر حاجتهم وما يحمل منهم يقسم ذلك بينهم.

قَوْله: (لولاته دون ولاة من ضم مع ولده)[4]. لأن هؤلاء أجانب فليس لولاتهم شيء بعد انقراضهم.

قَوْله: (ذكورهم وأناثهم)[5]. أي بالسواء لأن الولد يقع على النوعين.

قَوْله: (ولده أحق من أبنائهم)[6]. لأنهم في الرتبة الأولى وأقرب إلى

---

(١) التهذيب (٤/٣٢٢).
(٢) المصدر نفسه (٤/٣٢٣).
(٣) كذا في المتن، وفي التهذيب «فهو تعمير» (٤/٣٢٣).
(٤) التهذيب (٤/٣٢٥).
(٥) في التهذيب «ذكرهم وإنثاهم» (٤/٣٢٥).
(٦) المصدر نفسه (٤/٣٢٥).




المحبس، وقيل: هم سواء لأن الواو تقتضي التشريك [٢١٩/أ] والجمع.

قَوْله: (فإن كان فضل)[١]. مثل أن يفضل من المساكين بعضها لا حاجة للأولاد (.) إلى ولد الولد.

قَوْله: (ومن حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده)[٢]. فحبسه في المرض على من يرثه لا يجوز، لأنه إنما يجوز للرجل أن يتصرف في ثلثه بإخراجه عن الورثة إما بمنعهم من التصرف فيه وتركه لهم فلا يجوز لكنه خلط من يجوز له ذلك مع من لا يجوز له فلم يمكن إبطال الوَصِيَّة محافظة على الوَصِيَّة بذلك لولد الولد، فيقسم على عددهم فما صار لولد الولد كان عليهم حبسا، وما صار للأعيان وهو الأولاد سماهم بذلك لتعيينهم بقرب المرتبة، فيدخل فيه سائر ورثة المحبس بطريق الإرث، لأن المحبس أراد أن يمنعهم بما لا يجوز له فيكون ما صار لولد الأعيان بين جميع ورثة المحبس على فرائضهم منه، ويبقى ذلك موقوفا بأيديهم حتى ينقرض الولد الأعيان وهم الطبقة الأولى، ويرجع الحبس كله إلى ولد الولد، فإن ماتت الأم والزوجة كان ما بأيديهما لورثتهما موقوفا بأيديهم، لأن الذي صار لهما إنما كان بطريق الإرث فهو حق صحيح لها، ومن مات على حق فهو لورثته.

وكذلك يورث ذلك عن ورثتهما ما بقي أحد من ولد الأعيان، فإذا مات أحد من ولد الأعيان قسم ما صار له بالتحبيس على باقي ولد الأعيان وولد الولد على عدد الرؤوس، لأن الميراث في الحبس إنما يكون أبدا على المحبس الأول، فيُقَدّر كأنّ المحبس مات الآن عن ابن وابن ابن مثلا فيكون الحبس بينهما، كما كان للابن دخلت زوجة الميت وأمه بحق الميراث من المحبس،

(١) التهذيب (٣٢٥/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٢٦/٤).




كما فعلنا أولا دفعا لما قصد المحبس من اختصاص بعض الورثة بذلك، ومعاملة له بنقيض مقصوده، فما صار لهما يضم إلىٰ ما كان لها من ذلك، وما بقي من نصيب الابن من ذلك فيضم إلىٰ ما كان له أولا، ثم يقسم بين ولد الأعيان الحي والميت كما وقع للميت فهو الذي يقع لورثته، فيكون لهم بالميراث عنه موقوفا بأيديهم إلىٰ أن ينقرض ولد الأعيان.

ومن مات من ورثته فلورثتهم لأنه حق لهم بالإرث ماتوا عنه، وإنما قدر الميت من الأعيان كأنه حي لأنه عند كل إرث في الحبس يقدر رجوع ذلك إلىٰ المحبس فكأنه مات الآن.

قَوْله: (لم يجز، وهو كراء مجهول)[1]. فإن اطلع علىٰ ذلك ابتداء أمر بأن لا يفعله، وإن أوقعه مضىٰ لأن الحبس كالصدقة يراد بها وجه الله ولا رجوع فيها، ويبطل الشرط الفاسد ويرد الحبس مثل البيع الفاسد، وما أنفق فيه من ماله لم يرجع به عليه بل يأخذه من غلته إن شاء.

قَوْله: (ويشترط علىٰ المحبس عليه حبسه سنة)[1]. أي لا يمضي حكم الحبس فيه إلا بعد سنة، ولكن يبقىٰ عند المحبس إلىٰ آخرها.

قَوْله: (بغير قيمة)[2]. ظاهره أنه حبْسٌ عليه، لأنه لو كان بيعا أو كراء كان فاسدا فكان يرده إن لم يفت ويرجع بما أنفق، وإن فات بحوالة سوق فما فوقه فعليه قيمته، وفي البيع له الخراج بالضمان، وفي الكراء يلزمه أجرة المثل.

وقال أَشْهَب: بل هي هبة بلفظ الحبس، فيملكه قبل السنة ولا يرجع بالنفقة لأنه ملكه.

---

(١) التهذيب (٤/٣٢٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٢٩).

قَوْله: (فلا خير فيه)[١]. لأنه بيع فاسد إذ منعه التصرف فيه بخلاف شرط العتق هذا يصح لتشوف الشرع إليه، والتدبير ليس عتقا ناجزا، وقد يطرأ دين يبطله وقد فات بالتدبير من المبتاع فيلزمه الأكثر من القيمة أو الثمن، كذا قال في البيوع: إذا باع منه عبدا ليدبره فدبره لزمه الأكثر من [٢١٩/ب] القيمة أو الثمن، فعلىٰ هذا يحمل قَوْله بتمام الثمن إن كان يقضي شيئا من الثمن، أي إن كانت القيمة أكثر.

قَوْله: (أن يخرج البنات من تحبيسه)[٢]. فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يجوز ابتداء فإن وقع صح، لأن ذلك في ماله وهو صحيح غير مريض.

والثاني: لا يجوز مطلقا، لأن في ذلك إدخال الشحناء بين القرابات.

والثالث: يخير، فإما أدخل من الحبس وإلا بطل.

قَوْله: (لا يخرج أحد لأحد)[٣]. لأنه مباح للجميع فمن سبق منهم كان له ولا يلزمه كراء لمن لم يجد فيه سكنا.

قَوْله: (إلا أن يكون بيده فضل مسكن)[٤]. لا يحتاجه فيرجعه لغيره.

قَوْله: (إن تساووا في الحال)[٥]. أي يقدم أهل الحاجة.

قَوْله: (ما داموا صغارا)[٥]. لأن مؤنتهم علىٰ آبائهم وسكناهم معهم، فإذا

---

(١) التهذيب (٤/٣٢٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٣٠).

(٣) في التهذيب «ولا يخرج من الحبس أحد لأحد» (٤/٣٣١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٣١).

(٥) المصدر نفسه (٤/٣٣٢).



أعطى الأب بقدر ما يمون من الزوجة وإلا لم يخصوا بشيء.

قَوْله: (فلا شيء لورثته فيه)[١]. لأن جعله في الحبس قرينة تدل أنه أراد به الحبسَ، إلا أن يشهد بأنه مِلك له. وقيل عكسه: هو له إلا أن يشهد بأنه قصد به الحبس، لأن الأصل بقاء ملكه. وقيل إن كان يسيرا فهو حبس والكثير له.

قَوْله: (من الميازيب)[١]. أي مجاري الماء، ويعني بالستر ما يبنى للسترة.

قَوْله: (لأنها وصية)[٢]. أي لا تحتاج إلى قبض، وكذلك الصدقة والحبس في المرض لأنها تجب من الثلث، بخلاف ما يفعله من ذلك في صحته لابد في كماله من القبض إلا أن ما يفعله في مرضه كهذا فهو كالوَصِيَّة في أنه من الثلث، ويفارقها في أنه لا يجوز له تغييره وإذا صح صار من رأس ماله، ولو قال: إذا متُّ فهذا حبس أو اجعلوه في كذا، كان وصية يجوز له الرجوع فيها.

قَوْله: (لأن هذا غير وصية)[٢]. أي لابد فيه في صحته من الحوز، وقد حبس الأعيان ولم يخرج إلا الغلة بخلاف السلاح كان يخرج أعيانها فلذلك صحت.

قَوْله: (أو يوصي بإنفاذه في مرضه)[٢]. هذه هي الوَصِيَّة الأولى.

قَوْله: (حتى مرض)[٣]. لأن فعل المرض لا يدخل على الصحة فيبطل لتعلق حق الورثة بالمال كتعلق الدين. وقال أَشْهَب: إذا قبض في المرض صار كأنه وهبه ذلك في مرضه فيخرج من ثلثه وذلك أقل أحواله، وأما البطلان فلا وجه له.

قَوْله: (وإن وليه الأب)[٤]. لأنه الذي يقبض لولده فإذا أشهد على ذلك

---

(١) التهذيب (٤/٣٣٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٣٣).

(٣) كذا في التهذيب، وفي بعض نسخه «حتى مات» (٤/٣٣٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٣٤).

صح ولزمه، وإن كان تحت يده.

قَوْله: (وقد طابت، فهي لورثته)[1]. لأن الموهوب إنما يستحق الأخذ إذا طابت الثمرة فإذا مات قبله فقد مات قبل أن يستحق. وقال أَشْهَب: يُعتبَر التأبيرُ، فإن مات بعد التأبير فهو لورثته وقبله فهي لربها. ووجهه أن الشرع اعتبر التأبير في مثل هذا في البيع فإن أبرت كانت للبائع.

قَوْله: (كما قال مَالِك)[1]. احتج بهذه المسألة على اعتبار الطِّيبِ، فإذا مات أحدهم قبل الطِّيب أو التأبير على الخلاف فقولان:

أحدهما: يرجع نصيبه لبقية أصحابه، ووجهه أنه لما سوى بينهم في ذلك صار كمن حبس على ولده، فمن مات منهم رجع حظه لمن بقي إلى أن يفرغ الجميع.

والثاني: يرجع لربه لأنه إنما قصد تخصيصه بذلك الجزء.

قَوْله: (يقوون بها على العمل)[1]. فإن كان الميت قد عمل معهم في ذلك فلورثته الرجوع على سائرهم بالأقل مما أنفق مورثهم ومن حظه من الثمرة.

قَوْله: (كان مما تقسم غلته عليهم أو مما يلونه بأنفسهم)[1]. لنا في كل قسم قولان، وكذلك إن كان المحبّس غلة أو عينا في كل قسم قولان، إلا أن المَذْهَب في العين أن يرجع حظ الميت إلى أصحابه لأنه شيء (.)[2] في صرفه إليهم.

قَوْله: (وهو كراء مجهول)[3]. فيبطل وعليه كراء المثل إن سكن شيئا ورجع بما أنفق.

---

(١) التهذيب (٤/٣٣٤).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها [يتجزأ].

(٣) التهذيب (٤/٣٣٦).

قَوْله: (فهو بيع فاسد)[1]. يضمن فيه بالقبض فيكون له الخراج بالضمان ويرجع بما [٢٢٠/أ] أنفق، وإن كان يأكل معه على مائدته رجع عليه، وإن كانت النفقة سرفا فهل يرجع بالسرف لأنه إنما أعطاه من أجل البيع أو بالقصد، وما زاد فهو تبرع ولا يفوت إلا بالبناء والهدم؟

وقال أَشْهَب: إما أن يكون أبا أو غيره فحكم الأجنبي كما تقدم، وأما الأب فيصح ذلك لأنه ليس بيعا، بل على وجه المكارمة.

[2] **قَوْله: (حتى باعها المعطي)**[3]. لما وهب صارت للموهوب وإن لم يقبضها، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها خلافا للشافعي، فإذا باعها فإن علم الموهوب وسكت فقد أجاز البيع، وإن لم يعلم فله نقضه وإجازته لأن هذا بيع فضولي.

قَوْله: (إن مات المعطى قبل أن يقبضها)[3]. أي ولم يقم الموهوب على طلب القبض، وإلا فإن تمادى على طلبه فلا يبطل البتة بموت الواهب.

قَوْله: (إن خرجت عن ملكه)[3]. يعني أنه إذا أخرجها عن ملكه قبل القبض بطل اختصاص الواهب بها لأنه أخرجها بوجه أقوى.

قَوْله: (قبلها مريض)[4]. أي لا يجوز له الرجوع فيها لكنها من الثلث وتوقف، فإن صح فمن رأس ماله، وإن مات فمن ثلثه ولا يقبضه الموهوب في المرض ولا يأكل منه لأنه لا يدري لمن يكون، إلا على أحد قولي مَالِك في

---

(١) التهذيب (٤/٣٣٦).

(٢) في هامش المخطوطة: {كتاب الصدقة}.

(٣) التهذيب (٤/٣٣٧).

(٤) في التهذيب «بتلها مريض» (٤/٣٣٨).

المريض ؛ له مال مأمون وهو الدور والأرضون ، لأن الغالب أن ذلك يبقىٰ وإن طرأ فيه شيء رجع ، والثاني لا ينفد لأنه لا يتحقق بقاؤه.

قَوْله: (فلا بأس أن يقومها علىٰ نفسه)(١). ولا كراهة في ذلك وإن ورد النهي عن اشتراء الهبة لما اقترن بذلك من خوف العيب.

قَوْله: (ويستقضىٰ للابن)(). أي يبالغ في طلب الزيادة في ثمنه.

قَوْله: (وأما الأب والأم)(٢). أي لا حرج عليهما لأنهما استرجعا ذلك بوجه آخر واجب لهما علىٰ الولد من النفقة عليهما كما جاء في الحديث: «هُوَ عليْهَا صَدَقةٌ ولنَا هَدِيَّةٌ»(٣).

قَوْله: (ولا يشتري الرجل صدقته)(٤). النهي عن ذلك ، واختلف هل النهي علىٰ التحريم أو علىٰ الكراهة؟ وهل يختص بالموهوب له لأنه الذي يمكن أن يترك من الثمن شيئا فيؤدي إلىٰ الرجوع في جزء من عين الموهوب ، أو هو مطلق نظرا إلىٰ مطلق الحديث؟ وهل ذلك في الأعيان والمنافع مطلقا أو يختص بالعين لا بالنفقة الموهوبة لأن شراء الأصل تخليص للرقبة؟

قَوْله: (فإن كنت نهيته)(٤). فهذا لم يخرج عن ملكه بعد.

قَوْله: (فإنه ينفذ ما فات وما بقي)(٤). لأن ذلك خرج عن ملكه بالشهادة

---

(١) التهذيب (٤/٣٣٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٣٩).

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب الحرة تحت العبد. ومسلم في كتاب الزكاة ، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبني هاشم وبني المطلب ، وإن كان المهدي ملكها بطريق الصدقة ، وبيان أن الصدقة ، إذا قبضها المتصدق عليه زال عنها وصف الصدقة وحلت لكل أحد ممن كانت الصدقة محرمة عليه.

(٤) التهذيب (٤/٣٣٩).

والحوز، وإن لم يشهد فلا يتخلص للهبة إلا ما فَرْق لأنه قبضه الموهوب له قبل موت الواهب، وما بقى صدقة لم تخرج عن ملك ربها بشهادة حتى مات.

قَوْله: (ثم مات)[1]. أي ولم يخرج ذلك من يده فتكفي الشهادة عليه هنا للضرورة كما تكفي الشهادة في حوز الأرض وحوز كل شيء بحبسه.

قَوْله: (**وإن لم يشهد**)[1]. لأنها هبة لم تقبض حتى مات الواهب.

قَوْله: (**إن كانت الصدقة لم تؤبر فهي للمعطى**)[2]. لأنه كالمبتاع وإن أُبِّرت فللواهب كالبائع، واعتبر هنا التأبير لأن الهبة في الأصول، وفي المسالة المتقدمة اعتبر الطيب لأن الهبة في التمرة نفسها.

قَوْله: (**والسقيُ على المعطي**)[3]. للضرورة حتى يتم الحوز كما لو وهب له حمل أمة قضى عليه بدفع الأم إليه مخافة أن يموت أو يفلس فتبطل الهبة.

قَوْله: (لم يجز)[3]. لأنه بيع مجهول ومسألة الفرس هنا على المَذْهَب كالمتقدمة إذا كان بعد الأجل بعد (..)[4]، وقبل الأجل يخير كما تقدم، إلا أن أبا الحسن القابسي، فَرَّق بينهما فجعل تلك الأولى كما قال في الكتاب حبسا، وجعل [٢٢٠/ب] هذه بيعا فاسدا، لأنه وقع في المدونة في هذه أن رب الفرس قال: والغزو لي، فدلّ ذلك على أنه أبقاه على ملكه هذه المدّة فلا ينفد البيعإلا بعد الأجل ومنعه من التصرف فيه هذه المدة، فإن فات بحوالة سوق فعليه قيمته، ويرجع بما أنفق، وإن لم يفت ردّه وأخذ ما أنفق، فجعل أَشْهَب المسألتين هبة

(١) التهذيب (٤/٣٣٩).

(٢) في التهذيب «فإن كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر» (٤/٣٤٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٤٠).

(٤) موضع كلمتين مخروم.

بلفظ الحبس، وأنه على ملك الموهوب من يوم الهبة، وأنه أنفق على ملكه فلا يرجع بشيء، كما أنه لو أعاره إيّاه مدة ثم ملك بعد لغيره أو له كانت نفقته عليه فكذلك هنا فجعل قبضه قبل الأجل ويزول الخطر.

قَوْله: (وإذا تزوجت الجارية)[1]. لنا قولان[2]:

أحدهما: أنها ترشد بالبلوغ إن أنس رشدها كالغلام وهو مذهب الشَّافِعي. والمَذْهَب لابد من الدخول وإيناس الرشد وأطلق بعد ذلك فقد يكون بعد يوم أو أكثر.

وقيل: لا ترشد إلا بعد سبعة أعوام من الدخول ولابد من إيناس الرشد. وقيل: خمس سنين.

وقيل: إن كانت يتيمة فبعد عام أو عامين من الدخول وإيناس الرشد لأنها قد باشرت الأمر بخلاف ذات الأب.

قَوْله: (في ثلث ولا غيره)[3]. لأنها سفيهة، وإذا حكم لها بالرشد تصرفت في الثلث فقط لمكان زوجها.



(١) التهذيب (٤/٣٤٢).
(٢) حكى ابن بزيزة في الروضة ستّ روايات في المذْهَبَ منها القولان المذكوران هنا، ثم قال: «وهذا كلها استحسانات ليس عليها من الشرع دليل» انظر روضة المستبين (٢/١١١).
(٣) التهذيب (٤/٣٤٢).

كتاب الهبة

قَوْله: (لم يجز)[1]. لأنه لا يتصرف في ماله إلا على وجه النظر والغبطة وبما هو أكثر من القيمة، والإخراج عن القيمة ليس بنظر، ولذلك لا يجوز أن يهب من ماله هبة ثواب لأنها على القيمة، إلا أنه يجوز أن يعتق عبده على القيمة، وإنما جاز ذلك لتشوف الشرع إلى العتق.

فإن قيل: بل لأنه لم يخرج عن الولد بالجملة إذ يرجع إليه ولاؤُه بالميراث، قيل: هذا منقوض بالوصي؛ لأنه يجوز له أن يعتق عبد محجوره على القيمة أيضا، ولا يرجع الولد للمحجور فإن بقيت الهبة ردت، وإن تلفت ضمن الواهب، ولا يرجع عليه بشيء لأنه سلّطه على الإتلاف، وإن كان معسرا ضمن الموهوب ولا يرجع على الواهب، لأنه إنما وهب له العين على تقدير صحة ذلك، فإن كانا معسرين رجع على أولهما يسرا ولا يرجع أحدهما على الآخر، ولو كان شريكان في شيء فوهب أحدهما جميعه لشخص فالمَذْهَب أنه يمضي وتلزمه القيمة في حظ صاحبه، ووجهه أن الهبة معروف فأشبهت العتق فلم ترع.

وقيل: بل يمضي حقه فقط وهو القياس، لأن ذلك تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

قَوْله: (فذلك جائز)[1]. ويتصرف معه فيها ويكون ذلك حوزا وحرز كل شيء بحبسه. وقال سحنون: لا تجوز هبة ذلك لتعذر الحوز مع بقاء يد الواهب شائعة في الجميع، ولا خلاف في جواز بيعه.

---

(١) التهذيب (٤/٣٤٣).




قَوْله: (من زيت جلجلانك)[1]. هذا مجهول لأنه لا يدري كيف يخرج. وهبة المجهول تجوز عندنا قياسا علىٰ الوَصِيَّة، والشَّافِعي يمنعه لأنه تمليك كالبيع فمن شرطه العلم، والوَصِيَّة خرجت عن الأصل بدليلها (.)[2]، ويلزمك عصره لأنك وهبته له زيت فلزمك اقباضه ولا يتمكن من قبضه إلا مقصورا. وقال أَشْهَب: بل القبض علىٰ الموهوب لأنه قد ملكه بمجرد الهبة لأن هبة المجهول جائزة.

قَوْله: (لخوف التأخير)[3]. إذ لا يستخرج هذا الزيت إلا بعد أيام وقد يهلك الأول، أي فيكثر الغرر لأنه لما وهب له ذلك صار شريكا له بالزيت ثم اشتراه منه فإن هلك الأول خسر ما دفع ثمنا فيه لأنه هلك علىٰ ملكه بالشراء.

قَوْله: (لم يتبع بما عجز)[4]. لأن الهبة تعلقت بعين ماله لا بذمته، فلو كانت بالذمة اتبعت بالثاني. [٢٢١/أ]

قَوْله: (مِن عَطائِه)[4]. هذا مجهول، وقيل: إن (.) له الموهوب.

قَوْله: (وكتب كتابا)[5]. أي أشهد.

قَوْله: (أقر بما شاء)[6]. يعني أي جزء كان بذلك يخرج عما لزمه، فإن قال جزءا من حائطها أو بابها لم يلتفت وجبر علىٰ أن يكون بينهما بنصفين، لأنه ظاهر إطلاق الشركة حتىٰ يعين له جزءا ما.

---

(١) التهذيب (٤/٣٤٣).

(٢) محو في المتن بمقدار كلمة.

(٣) التهذيب (٤/٣٤٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٤٤).

(٥) في التهذيب «وكتب له به كتابا» (٤/٣٤٤).

(٦) في التهذيب «أقر بما شئت» (٤/٣٤٤).




قَوْله: (موروثه)[1]. هذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له الرجوع في الكل؛ وذلك أن يقول: كنتُ أدري مال عبدي خسيسا أو دارا حقيرة فإذا هو قد بدّله بعبد رفيع ولو علمتُ أن ماله هذا ما وهبتُه. فهذا يرجع في الجميع.

والثاني: يرجع بالبعض وذلك أن يقولَ: كنتُ أظن أن ماله مائة فإذا هو ألفٌ فيكون له شريكا بالمائة.

والثالث: يلزمه الجميع وذلك أن عبده كما ظن.

قَوْله: (لغير الثواب)[1]. لأن هبة الثواب بيعٌ.

قَوْله: (كان له دونك)[2]. أي وهبت له جميع مَالِك على أسهم فيأخذ هو زائدا على ميراثه.

قَوْله: (فلورثته الحر)[3]. لأنه من مات عن حق فلورثته، وسيد العبدِ يرثُه.

قَوْله: (اغترقه دَينٌ)[3]. هذا عيب لأنه يؤخذ من ذمته إن أعتق ومن ماله الذي يوهب له لا من خراجِه، ويصحّ بيعه إذا بين بذلك لأنه عيبٌ ويرجع به إن لم يبين في البيع.

قَوْله: (لم يجز ذلك)[4]. لأنه قد تعين للمجني عليه أحد أمرين: إما الرقبة أو أرش الجِنَايَة. والخيار للسيد، فإن تحمل الجِنَايَة صح البيع إن كان موسرا، وإن لم يعلم بالجِنَايَة أو قال: لَمْ أُرِد بالبيع تحمُّلَ الجِنَايَة بل اعتقدتُ أنك تجز

(١) التهذيب (٤/٣٤٤).

(٢) في التهذيب «كان له دونهم» (٤/٣٤٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٤٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٤٥).

البيع وحَلف على ذلك، كان كبيع الفضولي فللمجني عليه إمضاؤُه وأخذ الثمن أو ردُّه، وكذلك إن كان معسرا إلا أن يوصي المبتاع بافتكاك العبد؛ لأنه قد ينزل منزلة البائع فهو مخير في افتكاكه، ويرجع على البائع بالأقل من الثمن أو أرش الجِنَايَة؛ فإن كان الأرش أقلّ، قال البائع: أنا أدفعُ ذلكَ لك والبيع باقٍ على صحته، وإن كان الثمن أقل ردّ له الثمن فكأنه اشتراه بالأرش من المجني عليه. وهذا كله إن كانت الجِنَايَة خطأ أو عمدا لا قصاص فيه.

أما ما فيه القصاص فينقض البيع أبدا إلا أن يعفو المجني عليه.

قَوْله: (ثم وهبه لرجل قبل تغيره جازت الهبة)(١). لأنه باق على ملك الواهب لم ينقل بالبيع الفاسد مالم يفت عند المبتاع بوجه من وجوه الفوت، فيقبل حينئذ ملكه بالقيمة وتبطل الهبة لأنه وهب ما ليس له.

قَوْله: (بطلت هبته)(٢). لأنها هبة لم تقبض حتى مات الواهب.

قَوْله: (ما لم يفت العبد)(١). أي يبطل العتق لأنه أعتق ملك الغير.

قَوْله: (فوهبه)(١). جاز ويقضي عليه بافتكاكه لأنه تصرف فيما خرج عن ملكه بالهبة، لأنه لا يجوز له الرجوع فيها عندنا ويجبر على إقباضها للموهوب.

قَوْله: (إن كان له مال)(١). أي وإن لم يكن له مال بطلت الهبة لأنه لم يقبضها حتى أفلس بالدين الذي رهن ذلك فيه.

قَوْله: (فتبطل الهبة)(١). لأنها لم تقبض قبل موت الواهب.

قَوْله: (وليس قبض المرتهن قبضا للموهوب له)(١). لأنه قد تعلق حقه

(١) في التهذيب «قبل تغيره في سوق أو بدن جازت الهبة» (٣٤٥/٤).
(٢) المصدر نفسه (٣٤٥/٤).

برقبة الرهن فيتعين حقه لقبضه، ولم يكن حوزاً للموهوب لأنه لا يكون القبض الواحد عن شيئين وإن زال عن ملك الراهن.

قَوْله: (بخلاف المخدم)[(١)]. أي يكون قبضه حوزا للموهوب وإن لم يأذن له في ذلك الواهب ولا الموهوب، لأنه إنما تعلق حقه بخدمة العبد لا بالرقبة، وإنما قبض الرقبة ليستوفي المنافع وقد خرج عن ملك سيده بالهبة فكان ذلك حوزا للواهب.

قَوْله: (جاز ذلك)[(١)]. لأنه كان على ملكه، وليس حوز الغاصب حوز[(٢)] للموهوب؛ لأنه كان على ملك الواهب وليس للغاصب حق فيه، فكأنه لم يخرج عن يد الواهب.

وقال أَشْهَب: يكون قبضه قبضا للموهوب لأنه بصدد أن يتلف فتلزمه القيمة، [٢٢١/ب] فكأنه قد خرج عن ملك الواهب ولم يقبضه الغاصب لحق له فصح أن يكون حوزا للموهوب.

قَوْله: (إن كان غائبا)[(٣)]. أي لا يصح قبض الغير للموهوب وإن أذن له الواهب، إلا لعذر في الموهوب بكونه غائبا أو صغيرا أو سفيها فلا يصح منه القبض، وأما إن كان حاضرا ومثله يصح قبضه لنفسه فلا يجوز ذلك.

قَوْله: (كذلك خليفتك)[(٣)]. أي الذي استخلفته على القبض.

قَوْله: (فليس حوز المستأجر حوزا للموهوب)[(٣)]. وجهه أن الرقبة باقية على ملك السَّيِّد وأنه يستوفي المنافع على ملك السَّيِّد. وقال أَشْهَب: يكون حوزا

---

(١) التهذيب (٤/٣٤٥).

(٢) كذا في المتن، والصواب [حوزاً].

(٣) التهذيب (٤/٣٤٦).

له بناء على أنه إنما تستوفى المنافع على ملك الموهوب، وأنه بنفس الهبة قد انتقلت الرقبة كما لو باعه بعد أن أجّره فلا خلاف أن المستأجر يستوفي المنافع على ملك المبتاع.

قَوْله: (**إلا أن يسلم إليه إجارته معا**)(١). أي يهب له الرقبة والإجارة فيصح الحوز باتفاق، لأنه قد خرج عن ملك الواهب اتفاقا.

قَوْله: (**وهو من رأس المال**)(١). لأنه جعل ذلك في صحته لا في المرض.

قَوْله: (**بحكم المسلمين**)(١). لأنه حكم بين مسلم وذمي فيغلب حق المسلم، بخلاف الذِّمِّيين لا يتعرض لهم في هذا الباب.

قَوْله: (**والحوز في ذلك كله حوز الأرض**)(٢). أي بالإشهاد وإن كانت محدقة بحيطان لها باب فيدفع إليه المفتاح أمام الشهود ويخلي بينه وبينها.

قَوْله: (**والسقي فيما يسقى على الموهوب**)(٢). هذا على المَذْهَب إذ فَرّق بين الهبة والعرية في السقي والزكاة كما تقدم.

قَوْله: (**ولو أقرّ المعطي**)(٢). أي لا يكفي في الحوز الإقرار، لأنه يتهم بذلك أن يكون قصد قطع حقوق الغرماء وأنه لم يرد هبة في نفس الأمر. وكذلك في الرهن بالإقرار أنه قبضه من الراهن لا يلتفت ولا يختص به دون الغرماء.

قَوْله: (**لابنه الصغير ولأجنبي**)(٢). وجه البطلان أنه لا يتأتى حوزه لأبنه على الإشاعة مع بقاء البعض له فلا يتميز ما أخرج لابنه بالهبة، ولأنها هبة واحدة، فكيف يصح بعضها ويبطل بعضها؟

---

(١) التهذيب (٤/٣٤٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٤٧).




وكذلك في الحبس، لأن المَذْهَب أن الرقبة باقية على ملك المحبس، ووجه قول الغير بالصحة: أن هذا شيء معين فصحت حيازته ببعضه كما يجوز له جميعه. أما لو وهب لابنه بعض ماله من دنانير أو دراهم مشاعا ولم يعينه حتى مات لم يصح اتفاقا، لأنه غير معين. وكذلك الخلاف لو وهب لابنه بعض ملكه المعين وبقي شريكا له على الإشاعة فهل يصح حوزه له أو لا ؟ قولان.

قَوْله: (والصدقة يملكونها)(١). أي خرجت بالهبة عن ملك الواهب فصح الحوز للصغير منه، ولابد في الحبس كله من حوزٍ كالهبة والصدقة، كان على معين أو غير معين وإلا بطل قَوْله، بخلاف ما حبس عليهم لأنه هنا إنما حبس المنافع فقط وإلا فالأصل باق على ملكه لم يخرج عنه، (.) بطل جميع الحبس لأن رقبته باقية على ملك المحبس فلا يصح حوزه لهم.

قَوْله: (ومن وهبك دينا له عليك)(١). هذا خلافا للشافعي لأنه لا يجيز هبة المجهول، وهذا مجهولٌ. وقولك: قبلتُ حوزَه لأن حوز كل شيء بحسبه.

قَوْله: (ودفع إليك ذكر الحق إن كان عنده)(١). أي وإن لم يكن له كتاب فالإشهاد يكفي في حوزه.

قَوْله: (فإن كان لها وجه تحاز به)(١). لأمر من فعل شيء من ذلك في حوزها وإن لم يكن لها وجه من ذلك مثل أرض في البرية لم يأت وقت حرثها ولا وقت تمنح فيه لمن يغرسها، فالإشهاد يكفي بحوزها.

قَوْله: (فهي نافذة للمعطى بمجرد الإشهاد)(٢). لأنه لم يكن فيها وجه تحاز به وقت الهبة فتركه.

---

(١) التهذيب (٤/٣٤٨).

(٢) في التهذيب «فهي نافذة للمعطى، وحوز هذه الأرض الإشهاد» (٤/٣٤٩).

قَوْله: (إن لم يفرط)[1]. إذا لم يفرط في طلب ذلك فلا يسقط حقه. [٢٢٢/أ]

قَوْله: (لم يكن ذلك حوزا)[1]. أي إذا كان لها وجه تحاز به.

قَوْله: (إلا أن تكون له في يدك أرض)[1]. فيكفي مع الإشهاد تصرفك فيها ولو لم تكن في يدك وهي ببلد آخر فإن خروجك إثر الهبة لحوزها حوز له.

قَوْله: (وقال غيره: ذلك حوز)[1]. أي وإن لم يقل: قبلت، بل الإيجاب مع كونها في يديك يكفي.

قَوْله: (إذا اشترط الثواب أو أرىٰ أنه أراد ثوابا)[2]. أي القرائن الدالة علىٰ أنه أراد الثواب تقوم مقام الشرط، مثل أن يهب الفقير لغني، بخلاف العكس هذه قرينة تدل علىٰ أنه لم يرد الثواب، وإن لم تكن قرينة فالقول للواهب لأن الأصل بقاء ملكه، وجاز هذا البيع وإن كان الثمن مجهولا كما صح نكاح التفويض علىٰ مهر المثل، إلا أن الثمن في البيع ركن قد مضىٰ العمل بجواز هذه الهبة.

قَوْله: (فله أخذ هبته)[3]. إن لم تتغير كما أنه إذا لم يبذل الزوج مهر المثل بطل النكاح.

قَوْله: (بخلاف البيع)[4]. لأنه لازم من الطرفين بالعقد.

قَوْله: (وكذلك إن أثابه أقل من القيمة)[4]. كما لو بدل الزوج في نكاح التفويض أقل من صداق المثل لم يلزم المرأة.

قَوْله: (ولا يجبر الموهوب علىٰ ثواب)[4]. كما لا يجبر الزوج علىٰ مهر

(١) التهذيب (٣٤٩/٤).
(٢) في نسخ التهذيب «أو رئي»، «درىٰ» التهذيب (٣٤٩/٤).
(٣) التهذيب (٣٤٩/٤).
(٤) المصدر نفسه (٣٥٠/٤).




في التفويض.

قَوْله: (**إلا أن يرضىٰ بإخراج قيمتها**)[1]. فيلزم الواهب أخذها كما إذا أخرج الزوج صداق المثل جبرت المرأة علىٰ قبوله، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ في الهبة: أنه لا يلزم الواهب إلا بما يرضيه، لأنه يقول: لو أردتُ القيمةَ كنت أبيعها في السوق، بخلاف نكاح التفويض لأنه مبني علىٰ المكارمة.

قَوْله: (**لزمته قيمتها**)[2]. كما تلزمه القيمة في التفويض لفوت البضع بالدخول.

قَوْله: (**يوم وهبها**)[2]. وهو يوم القبض بناء علىٰ أنها تشبه البيع الفاسد لأنها بثمن مجهول، وقيل: يوم الفوت لأنها بيع صحيح وقبل الفوت كان للواهب أخذها.

قَوْله: (**وليس للموهوب ردها إذا فاتت بزيادة**)[3]. أي لا يحتج علىٰ الواهب بزيادتها، لأنها بالفوت قد ملكها وفي النقص كذلك بالعكس.

قَوْله: (**ولا يفيتها حوالة السوق**)[4]. لأنها بيع صحيح وهو المَذْهَب.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنها تفوت بحوالة السوق لأنها تشبه البيع الفاسد.

قَوْله: (**ومن تصدق بصدقة علىٰ ثواب**)[5]. أي فلا يلتفت إلىٰ لفظ الاقتران بشرط الثواب بها.

---

(١) في التهذيب «بدفع قيمتها» (٤/٣٥٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٥٠).

(٣) في التهذيب «ردها في الزيادة» (٤/٣٥١).

(٤) في التهذيب «ولا يفيتها عند الموهوب حوالة السوق» (٤/٣٥١).

(٥) المصدر نفسه (٤/٣٥٢).




قَوْله: (فإن وهبه إياه لثواب)[1]. هذا إذا كان مما يصح بيعه قبل قبضه بخلاف الطعام من غير القرض.

قَوْله: (إلا يدا بيد)[1]. لئلا يقعَ ديناً بدين.

قَوْله: (فقبْضُهُ حوْزٌ للغائب)[1]. لأن الواهب قد خرجت عن يده.

قَوْله: (ولم يعلم)[1]. لأن غيبته عذر.

قَوْله: (ألا ترىٰ أن أحباس السلف)[1]. أي يصِحُّ قبضُ الحاضر للغائب لعذرٍ، كما جاز قبض الموجود للمعدوم في الحبس.

قَوْله: (وإن كان عنده أب)[1]. لأنه قد يكون له غرض في ذلك وهو لا يتمكن أبوه من الهبة فيأكلها.

قَوْله: (فعلىٰ أي وجه حازها له)[2]. إن أبدىٰ وجها يعذر به صحَّ وإلا بطل قَوْله، ولا يرتقب في حاضر وغير سفيه شيئاً فيكون قد منعه التصرف فيها إلىٰ غير أجل، وذلك يُبطل الملك؛ لأنه ركَّب علىٰ التمليك نقيض مقتضاه فلم يصح، كما لو باع منه بشرط ألا يتصرف في المبيع.

قَوْله: (إلا أن يحبس عليه غلة نخل)[2]. لأنه هنا ما حبس الرقبة بل هي علىٰ ملكه بل حبس المنفعة فلم تضره حيازة الغير له مع حضوره ورشده.

قَوْله: (قال غيره)[3]. هذا تفسير لما تقدم.

قَوْله: (وهذا البالغ الذي أعطىٰ عطية يكون تراثاً)[4]. أي تصير هبته ميراثا

---

(١) التهذيب (٣٥٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٥٣/٤).

(٣) التهذيب (٣٥٣/٤)، وقال محققه: «القائل هنا هو سحنون».

(٤) في التهذيب «تكون له مالا تراثا» (٣٥٣/٤).

للواهب لما منعه من [٢٢٢/ب] نقضها بغير قصد غيره فيها، أي لما لم يُبْدِ وجها لذلك دل على أنه لم يقصد تمليكه إياها فبطلت، كما لو وهب لرجل على ألا يبيع ولا يهب فذلك قرينة تدل على أنه لم يقصد تمليكه لأن ما شرط منافعه للتمليك.

قَوْله: (**وللابن البالغ**)(١). فيه قولان: المَذْهَب أنه لا يرشد بالبلوغ حتى يؤنس رشده ولو شاخ، وقيل يرشد بالبلوغ. وهذا الخلاف بناء على أنه لما زال حجر الصغر الذي كان فيه فهل الأصل بعدُ الرشدُ حتى يثبت السفه أو العكس.

قَوْله: (**لم يبْنِ زوجها**)(٢). أي لم يدخل بها زوجها.

فرع

ولو قال أبوها لرجل: تزوّجْ ابنتي وأنا أهبها كذا. فهذا لا يحتاج إلى حيازة لأنها جرت مجرى العوض، إذ في مقابلتها التزويج وإن لم يكن للزوج لكن يحتمل بمالها.

قَوْله: (**دون الأب**)(٣). لأن حجر الملك أقوى.

قَوْله: (**بيد أجنبي**)(٣). فيكون هذا مالا لا يجوز للسيد انتزاعه، لأنه بهذا الشرط وهبه له، كمال العبد إذا تعلق به الدين فيمنع السَّيِّد من انتزاعه.

فرع

لو قال لزوجته الذِّمِّية: أسلِمي فأهب لك كذا، فهل يحتاج إلى حوز أو لا؟ قولان: فوَجْهُ الثَّانِي أنها عوض، ووَجْه الأَوَّلِ أن الإسلام يجب علينا. وإذا وهبت

---

(١) التهذيب (٤/٣٥٤).

(٢) في التهذيب «لم تبرز إلى زوجها» (٤/٣٥٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٥٤).




صداقها لزوجها ودفعت له الكتاب صحت الهبة، ثم قال: لها خذي كتابك وهِبَتَك، فهذه هبة ثانية لأن الصداق قد صار له بالهبة الأولىٰ فلابد في الثانية من الحوز وإلا بطلت إن مات أو فلس قبل ذلك.

قَوْله: (أو من يحوز أمره)[١]. كالسَّيِّد أو الحاكم.

قَوْله: (وللأم أن تَعْتَصر). أصله الحديث: «نهىٰ عليه السلام أن يرجع في الهبة واستَثْنَىٰ الوَالِدَ يَهَبُ لولده»[٢]، وهذا ظاهرٌ في الأب، يختص ذلك بالأب في قول.

وقيل: يحتمل أن تدخل فيها الأم لأن الوالد لفظ جنس وهو المَذْهَب.

وقيل: والجد ما علا والجدة من الطرفين ما علت أم الأم وأم الأب، وهو قول ثالث.

قَوْله: (إلا أن ينكحوا). أي من أجل الهبة أو يتداينوا عليها، أما إن لم يكن ذلك من أجلها فلا يمنع ولا يفوت الموهوب هنا تغير السوق.

قَوْله: (فإن لم يكن للصغير أب). لأن اليتم قرينة تدل علىٰ الصدقة وأنها أرادت بالهبة وجه الله لأنه مظنة الفقر غالبا، وقيل لا تعتصر في حياة الأب لأن المال الموهوب يكون بيده وإنما تعتصر ما كان بيدها كالوَصِيَّة أو بيد الموهوب كالابن الكبير.

قَوْله: (لأنها وهبت في حال اليتم). فلو وهبته في حياة الأب ثم مات الأب

---

(١) من هذا إلىٰ قوله: (أو بتغير الهبة عن حالها) (٤/٣٥٥).

(٢) الحديث أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة. وجاء في الموطأ عن يحيىٰ قال وسمعت مَالِكا يقول: «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا، أو أعطاه عطاء ليس بصدقة إن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه». كتاب الأقضية، باب الاعتصار في الصدقة.




فهل تعتصر أو لا؟ قولان: تعتصِرُ لأن الهبة انعقدت في حال يجوز فيها الاعتصار. الثاني: إن كانوا فقراء لم تعتصر(١).

قَوْله: (فهو كالصحيح). لأنه لا يصدق عليه اليتيم، وقال في البكر لها أب مجنون: لا تنكح إلا بعد البلوغ كاليتيمة، فجعل الأب في هذه الصورة كالعدم لأنه لا ينظر لها.

قَوْله: (أو بتغير الهبة عن حالها). ببيع أو بناء أو هدم ونحو ذلك.

قَوْله: (ثم وطئها)(٢). أما إذا لم يطأ فيقبل قَوْله لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته، وإن وطئ فحَمَلت صارت أم ولدِهِ، وإن لم تحمل فقولان: لا يعتصر لأنه قد حدث فيها حادث الحرمة على الأب، والمَذْهَب الاعتصار لأن العين باقية لم تفت فيستبرئ (.) مخافة الحمل ويتصرف فيها بما عدا الوطء.

قَوْله: (ولا يعتصر ما وهب الأجنبي)(٣). لأن ذلك إنما جاء في الأب، لأن مال الابن ماله وتجب نفقة أحدهما على الثاني، وقال أبو حنيفة: ما وهب الأجنبي لا يجوز له الرجوع فيه ابتداء، فإن وقع صح على أصله من أن النّهي [٢٢٣/أ] يدل على صحة المنهي ولم يجز اعتصار الأب ما وهب لولده.

قَوْله: (ما تصدقا به)(٤). خلافا للشافعي لأن الصدقة كالهبة في أنها تملك دون عوض.

قَوْله: (فأما الحبس)(٤). إن كان على غير معين فهو كالصدقة لا فَرْق، وإن

---

(١) انظر الجامع لابن يونس (٦١٩/١٩).
(٢) التهذيب (٣٥٦/٤).
(٣) في التهذيب «ولا يعتصر الأب ما وهب أجنبي لولده» (٣٥٦/٤).
(٤) المصدر نفسه (٣٥٦/٤).




كان علىٰ معين فإن قلنا: عمرىٰ، صح الاعتصار، وإلا فلا.

قَوْله: (بعد أن نكحا)[1]. لأن النكاح لم يكن من أجل الهبة، وقيل: لا يعتصر لأنه في المعنىٰ كالنكاح بعد الهبة.

قَوْله: (وإن عقه)[2]. لأنه وإن عصىٰ فيه (.) فلا تعص أنت فيه.

قَوْله: (لا جد، ولا جدة، ولا غيرهما). ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بأنهما كالأب.

قَوْله: (وليس للولد أن يعتصر من مال والده شيئا). لأن هذا علىٰ خلاف الأصل والنهي قد ورد فيه إلا ما استثنىٰ.

قَوْله: (إذ يُقضىٰ علىٰ الواهب بذلك). كمن أخذ حقه من غريمه بغير إذنه، وهذا إن كان له بينة علىٰ الحق وإلا أنكره وقطعت يده.

قَوْله: (ولو قبضها الموهوب قبل الثواب). يعني أنها جائزة من قبل الموهوب ومخيّر في ردها أو إمساكها.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بأنها لازمة من الطرفين، وأنه بقبوله إياها يجبر علىٰ القيمة كالبيع.

ويبنىٰ علىٰ ذلك فرع وهو: لو وهبه بشرط الثواب مطلقا أي شاء أو كره: فعلىٰ الأول لا تصح هذه الهبة لأنها مخلة بهذا الشرط فحكم الهبة علىٰ الثواب من أنها علىٰ التخير من قبل الموهوب، وعلىٰ الثاني يصح لأن الشرط لم يخل بشيء.

فرع

لو وهب مريض علىٰ الثواب ماله كله لمريض آخر وليس للثاني مال سوىٰ

(١) التهذيب (٤/٣٥٦).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (ولا ثواب في هبة الدنانير والدراهم). كله من التهذيب (٤/٣٥٧).




ذلك، ثم وهبه الثاني ذلك المال على الثواب أيضا: فيرجع إلى الثلث في مال كليهما فالمسالة من تسعة، تخرج عن ورثة الأول ثلاثة تدفع لورثة الثاني ويبقى لهم ستة، ويخرج عن هذه الثلاثة واحد يرجع إلى ورثة الأول فيكون لهم سبعة، فهذا الواحد الراجع مال طرأ للميت الأول لم يعلم به وما بتَلَه من هذه الوَصِيَّة في المرض يدخل فيما علم {وما لم يعلم}، بخلاف الوَصِيَّة غير المبتلة؛ لأنه لو صح كانت من رأس ماله فيرجع ثلث الواحد إلى ورثة الثاني، ثم ثلث ذلك إلى ورثة الأول ويدور أبدا.

قال ابن عبدوس: فينبغي أن يزول الدور بأن يسقط الواحد أولا وتبقى المسألة عن ثمانية ستة لورثة الأول واثنان لورثة الثاني.

قَوْله: (فهي نافذة كالبيع). أي من جهة الواهب.

قَوْله: (ولا ثواب في هبة الدنانير والدراهم). لأن ذلك إنما يكون فيما (.) من العروض فهذا إن قصد به السلف كان سلفا وإلا فهبة لا ثواب لها. وقيل: بل تصح أن تكون هبة ثواب ويثيبه بعرض لا بعين ولا حلي لما في ذلك من التأخير {وصرف بتأخير.

قَوْله: (ولا يؤخر عينا)[١]. لما فيه من التأخير}، وقيل: يجوز التأخير كما جاز الجهل بالثمن في هذا توسعا للباب، وكذلك إذا وهبه للثواب طعاما فعلى المَذْهَب لا يجوز أن يعوضه طعاما إلا في المجلس، وعلى القول الثاني يجوز التأخير.

قَوْله: (فلا شيء له)[٢]. لأن قرينة القدوم من السفر في العرف تقضي بأن لا ثواب، وكذلك قرينة الزوجية والأبوة والبنوة إلا أن يظهر ما يدل على ذلك.

---

(١) في التهذيب «ولا يعوض عينا» (٤/٣٥٨).

(٢) التهذيب (٤/٣٥٨).




قَوْله: (إن لم يرض منها)[1]. هذا القول الثاني.

قَوْله: (فله شَرْوَاها)[1]. أي قيمتها.

قَوْله: (لم يرجع الواهب)[1]. لأنه دفع ذلك عن الموهوب له، فإن قصد الثواب وكان الذي دفع عوضا خُيِّر الموهوب بين أن يدفع له ثواب الموهوب الأول أو ثواب الثاني أيهما كان أقل، ويجبر الدافع للواهب الزايد علىٰ ما دفع.

وقيل: بل يدفع ثواب ما دفعه عنه فقط. وقيل: إن (.) دفع للواهب الأول ثوابه ورجع الأجنبي علىٰ الواهب الأول بثواب هبته.

قَوْله: (فلا يرجع عليه بشيء)[2]. هذا المَذْهَبُ، [٢٢٣/ب] وعلىٰ القول الآخر يرجع بثوابها عوضا.

قَوْله: (وإذا تغيرت الهبة عند الموهوب)[3]. قد تقدم أنَّ المَذْهَب في هبة الثواب أنه لا يلزم الموهوبَ بِقبولِها قيمتَها[4] بل يكون مخيرا، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه تلزمه قيمتها بنفس القبول كالبيع؛ فإذا فاتت عنده فالمَذْهَب أنه تلزمه قيمتها بفوتها بنقص أو زيادة مطلقا.

وقال أَشْهَب: إن نقصت فالخيار للواهب فإن رضي بنقصها فله أخذها وإن زادت فالخيار للموهوب لأنه لا عذر للواهب في الامتناع من أخذها.

قَوْله: (ولا يفيتها حوالة سوق)[5]. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ إنها تفوت بذلك كالبيع الفاسد.

---

(١) التهذيب (٤/٣٥٩).
(٢) المصدر نفسه (٤/٣٦٠).
(٣) المصدر نفسه (٤/٣٦١).
(٤) كذا في المتن.
(٥) التهذيب (٤/٣٦١).

قَوْله: (فلا خير في أن يعوضه بعد ذلك حنطة)[1]. لبيع الطعام بالطعام غير يد بيد ويتهمان أنهما توصلا بذلك إلىٰ هذه الهبة، وعلىٰ القول الثاني يجوز ذلك.

قَوْله: (إلا أن يعوضه مثل طعامه)[2]. أي فيجوز بعد ذلك لأنهما لا يتهمان لأنه قرض فإن دفع له أكثر لم يجز لأنه سلف بزيادة، وكذلك إن كان أفضل في الصفة وإن كان أقل فالمَذْهَب الجواز لأنه معروف ولا يتهم أن يدفع كثيرا ويأخذ قليلا، وقيل: لا يجوز لأنه ضمان بجعل.

قَوْله: (ولا يعوضه دقيقا من حنطة)[3]. هذا المَذْهَبُ لا يجوز فيه بيع حنطة بدقيق للتفاضل، وينبني علىٰ مسألة وهي: لو باع منه زهوا ثم أرطب أو أثمر ماله ورَدّ ثمنَهُ، قيل: لا يجوز، لأن الإقالة بيعٌ والتمر لغو، فكأنه باعَ ابتداء زهوا بِرُطب أو بتمر.

وقيل: يجوز لأنه عين رطبه أو ثمره أو مثله، وكذلك الدقيق عين حنطته أو مثلها، وإنما فَرّقت أجزاؤه، ولو كانت حنطة غير مطحونة صح البيع وكذلك في الدقيق.

قَوْله: (لم يجز)[4]. لأنه سلف بزيادة، ولو كانت أقل فقولان: لفسخك ما وجب لك من القيمة فيما لا يتعجله هذا المَذْهَبُ أنه لا يجوز فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه. وقال أَشْهَب: يجوز في سكنىٰ دار وخدمة عبد لأنه معين، ولأن قبض الأوائل كقبض الأواخر، وأما العرض فلا يجوز لأنه دين في دين.

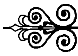
---

(١) التهذيب (٤/٣٦١).

(٢) في التهذيب «إلا أن تعوضه طعاما مثل طعامه» (٤/٣٦١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٦١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٦٢).

وقَوْله: (**لفسخك**)[1]. تجوّز بل هو بيع دين بما لا يتعجل قبضه، والفسخ إنما يكون في الذمة الواحدة لا في ذمتين.

قَوْله: (**ولو لم تتغير الهبة، جاز ذلك**)[1]. لأن البيع لم ينبرم بَعدُ إلىٰ الآن فليس فيه دين في دين بخلاف ما إذا تغيرت فقد لزمت القيمة دينا في ذمته.

قَوْله: (**إن كانت الهبة مما يسلم في ذلك العرض**)[1]. تحرز من الطعام إلىٰ أجل أو ثوب بمثله لا يجوز إلىٰ أجل لا ضمان بجعل.

قَوْله: (**جاز ذلك**)[1]. لأنها حوالة، وهي مستثناة من الدين بالدين لكن بشرط أن يكون من نوع الدين الأول ولا يكون أكثر.

قَوْله: (**فأقل**)[1]. لأنه لا يتهم علىٰ أن يدفع كثيرا ويأخذ أقل منه في العدد أو الصفة، لأنه يتهم أن بعض ذلك لأن الذمة الثانية خير من الأولىٰ.

قَوْله: (**لم يحل**)[1]. لأنك أخرته ومن أخر ما وجبَ له فهو سلف منه، فيزول المعروف ويتحقق الدين بالدين الممنوع منه.

قَوْله: (**ولو لم تتغير الهبة**)[1]. لأنه بيع من الآن.

قَوْله: (**وهو كصرف دراهمك**)[1]. هذا لم يجز لأنه انضاف إلىٰ الحوالة صرفٌ مستأخَرٌ فأفسدها.

قَوْله: (**في طعام ولم يقبضه**)[2]. انضاف إلىٰ ذلك بيع الطعام قبل قبضه فلم يجز.

قَوْله: (**إذا كان مثل عرضك**)[3]. هذا بشرط الحوالة كما تقدم.

---
(١) التهذيب (٤/٣٦٢).
(٢) في التهذيب «ولم تقبضه» (٤/٣٦٢).
(٣) المصدر نفسه (٤/٣٦٣).

قَوْله: (اِفسخ ما حل من دينك)[1]. يريد أن الحوالة إنما تكون في (.) الحال لا غير.

قَوْله: (طعام من قرض)[2]. لأنه يجوز بيعه قبل قبضه وهو مما استثني من بيع الطعام قبل قبضه.

قَوْله: (وإن أحالك على طعام له من سلم لم يحل)[2]. لأنه وإن [٢٢٤/أ] كان الطعام من الطرف من قرض فيمتنع لما قال. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه إذا كان أحدهما من قرض فيجوز، ويرى أن ذلك قضاء لما صح بيعه قبل قبضه من العرض لا بيعا.

قَوْله: (فإن حل أجل الطعامين، جاز)[2]. لأنه بالحلول تحقق أنه قضاء.

قَوْله: (وكذلك إن كان الذي لك سلم)[2]. أي بالعكس مما تقدم إن حل أحدهما جاز وكان قضاءً لا بيعاً، وإذا لم يحل الأجل لم يصِحَّ أن يكون قضاءً، وعلى القول الثاني لا يجوز مطلقا لأنه وإن حل فلا يخرج عن كونه دينا حتى يقبض بما وجب له أن يأخذه في الحال.

قَوْله: (ثم لا بأس في الوجهين)[2]. أي كان السلم لك والقرض له، أو بالعكس أن تؤخره.

قَوْله: (وإن حلاَّ)[2]. لأنهما لا يخرجان بالحلول عن كونهما دينا، ولا يصح وإنْ تقايضا بعد ذلك لأن العقد وقع فاسدا.

قَوْله: (فلك بيعه من غير غريمك)[2]. وهل يشترط أن يبقى فيه من الأجل قدْرُ أجلِ السلم أو لا؟ قولان. ووجه اشتراطه أن هذا المبتاع صار بمنزلة من سلم

---

(١) التهذيب (٣٦٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٦٣/٤).

في ذلك وأنشأه، ومن شرط السلمِ الأجَلُ. ووَجْهُ الثَّانِي أن هذا المشتري قد تنزل منزلتك وأنت لا تحتاج إلىٰ أجل ثان لأنك لا تُنشئ سلما.

قَوْله: (بتعجيله)[1]. لئلا يكون دينا بدين.

قَوْله: (يحالفه نقداً)[2]. لأنه لا يجوز إلىٰ أجلٍ ثوبٌ بمثله لربا النساء، كما قال ابن عمر: «بيعُكَ الشيء بمثله كقرضِكَ الشيء بمثلِه، فإن أردت بذلك وجه الله فلَك وجهُ الله وإن أردت وجه صاحبك فلك وجه صاحبك، وإن أردت نفعَ نفسك فذلك الربا»[3].

قَوْله: (إذا كان الذي عليه الدين حاضرا مقرا)[4]. لئلا ينكر.

قَوْله: (فليس بِبَيع)[4]. إذا أراد بذلك نفعك، وإن قصد بذلك نفع نفسك بسوق يؤخره لها وبقائه في ذمةِ هذا وضمانه صار بيعا ولم يجزْ لِمَا فيه من ضمانٍ بجُعل.

قَوْله: (فجعله لك رجل علىٰ أن أحلته عليه لم يجز)[5]. لأن هذا بيعُ ذهبٍ بذهب إلىٰ أجلٍ فلم يجُز مطلقا. ووَجْهُ الثَّانِي أنه أسلَفه الدنانير فلما صارت في ذمته أحاله بها علىٰ الآخر.

قَوْله: (كالبيع)[6]. لأنه يرىٰ البيع بالقيمة في بعض السلع نظرا فجاز له ذلك وللوصي وللأب.

---

(١) في التهذيب «بتعجّله» (٤/٣٦٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٦٣).

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الأول.

(٤) التهذيب (٤/٣٦٣).

(٥) كذا، وفي التهذيب «فعجَّلَهُ لك رجل» (٤/٣٦٤).

(٦) التهذيب (٤/٣٦٤).




قَوْله: (قضىٰ علىٰ العبد بقيمتها)[1]. ولو لم يكن له مال لمنع السَّيِّد من أخذها.

قَوْله: (وبيع الأب جائز)[2]. أي فكذلك الهبة للثواب.

قَوْله: (فله ردها وأخذ العوض). كالبيع.

قَوْله: (فإن كان كقيمة الهبة). وقال أَشْهَب: يرده بأيّ عيب كان قل أو كثر، وهذا ينبني علىٰ أصل: وذلك أن ابن القاسم يرىٰ أن عوض الهبة هو ما يدفع من عوض أو عين، وعند أَشْهَب قيمة الهبة دنانير أو دراهم لا غير. فإن دفع له عرضا فهو بيع ثان بالقيمة التي ترتبت في ذمته، وعلىٰ هذا يرجع بكل عيب يجده في العرض وإن قلّ كما في البيع.

والصحيح قول ابن القاسم لوجهين:

أحدهما: أن الموهوب إذا أبدل للواهب عرضا ثوابا جبر الواهب علىٰ قبضه، ولو كانت القيمة غير ذلك لم يجبره.

الثاني: أنه لو وهب شقصا من داره لشخص علىٰ الثواب فإن الشفيع إنما يشفع بقيمة الشقص، ولو لم يكن هو القيمة لشفع بقيمة الموهوب.

قَوْله: (لزم الواهب قبوله). أي فهو العوض عن الهبة لا غير.

قَوْله: (مما يجري بين الناس في الأعواض). هذا المَذْهَبُ إنما يقبل منه ما جرت العادة بين الناس في الأعواض بخلاف التبن والحطب. وقال سحنون: (مخير) علىٰ قبول كل ما عوض من حطب أو تبن أو غيرهما مما (..) للهبة.

---

(١) التهذيب (٤/٣٦٤).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (من وهب شقصا من دار لثواب) كله في التهذيب (٤/٣٦٥).




وقال أَشْهَب: لا يقبل منه إلا الدنانير والدراهم فقط.

قَوْله: (من وهب شقصا من دار لثواب). يعني أنه [٢٢٤/ب] لا يشفع إلا بعد أن يدفع الثواب ويشفع بقيمة الثواب.

قَوْله: (ولو خاصمه فيها الموهوب)(١). يعني إذا أنكره الواهب فحاصه فأقام الموهوب بينة وطالبه الحاكم بتزكيتهم وأوقف الهبة حتىٰ يثبت ذلك فمات الواهب خلال ذلك أو فلس، فإنه يقضي للموهوب بذلك إن ذكر البينة، لأنه ما فرط في الطلب كالمفلس يشتري من رجل سلعة ثم يطرأ بينهما خصام في تلك السلعة بعينها فيوقفها الحاكم، ويموت المفلس خلال ذلك، فإن ربها أحق بها بخلاف ما لو لم يطلب الموهوب قبضَ الهبة حتىٰ مات الواهب أو فَلَس أو مرِض فيسقط حقه فيها. وكذلك لو لم يطلبه الرجل سلعته ولا خاصمه فيها حتىٰ فلس فإنه لا يكون أحق بها من الغرماء لكن يخاصمهم بثمنها.

قَوْله: (ومن لزمه دين لرجال أو ضمان عارية يغاب عليها)(١). فلأولىٰ دين محقق عليه، فإذا حلف ليدفعه إلىٰ ربه، وحلف ربه لا يأخذه منه فيجبر ربه علىٰ القبض له ويحنث، لأن المطلوب يقول: لا أتحمل منتك فلا يجب علي ذلك، ولها ضمان العارية إذا هلكت عنده وهي مما يغاب عليه، فليس ذلك بدين محقق وإنما ضمن للتهمة، وإن قامت له بينة أنها هلكت بأمر الله لم يضمن، فإذا حلف ليدفعن قيمتها لربها وحلف ربها لا يقبله وتسقط عنه التهمة، فإن أراد المستعير ليأخذنه البتة فيحنث إن لم يأخذه منه، وإن أراد ليغرمنه له لكونه اتهمه، سواء قبله أو لم يقبله لم يحنث لأنه قد وجد الغرم وإن لم يقبله منه.

قَوْله: (وله تركها)(١). أي فلا يجبر علىٰ قبض القيمة ولا يكون في تركها

---

(١) التهذيب (٤/٣٦٦).

منة لأنها لم تتعين علىٰ المستعير في نفس الأمر.

قَوْله: (وفوات الهبة يوجب القيمة)[1]. لتعلق حق الغير بها وحدوث العيوب نقص.

قَوْله: (والعتق)[2]. (.) تصرف بدل علىٰ الرضا والتزام القيمة فإن كان موسرا لزمت القيمة وإن كان معسرا بطل لتقدم الدين عليه.

قَوْله: (فذلك يفيتها). بخلاف البيع الفاسد، والفَرْق أن في البيع الفاسد لا يجوز له التصرف، وفي الهبة تصرف صحيح لأنه قد سلطه علىٰ ذلك، فإذا تصرف فقد لزمته القيمة فلا تسقط بالرجوع إليه، وإن لم تحل أي: وإن لم تتغير بزيادة ولا نقص.

قَوْله: (يوم الهبة). أي بالعقد، كالبيع الصحيح لو هلك المبيع بعد العقد وقبل القبض كان من المبتاع، وقيل يوم القبض لأنه بيع علىٰ شرط فأشبه بيعَ الخيارِ، أو كالبيع الفاسد لأنه يشبهه كما تقدم بجهل الثمن.

ولنا في البيع الفاسد قول ثان: أن القيمة يوم الفوت. وجهه أنه قبل الفوت علىٰ الرد حتىٰ يفوت، ووَجْه الأَوَّلِ أنه بالقبض متعد شرعا فصار كالغاصب.

قَوْله: (لأنه نقص). لأنه يلزمه افتكاكها أو إسلامها.

قَوْله: (مثله). أي زيادة لأن ذهاب العيب زيادة.

قَوْله: (والهدم). لأنه بعض العين.

قَوْله: (وليس له أن يقول: اِقلع وأردُّ الهبة). لأنه بالبناء لزمت القيمة.

---

(١) في التهذيب «وفوات الهبة عند الموهوب يوجب عليه قيمتها» (٤/٣٦٦).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (وإحالتها علىٰ حالها رضًىٰ بالثواب) كله من التهذيب. (٤/٣٦٧).




قَوْله: (والبيع الحرام). أي الفاسد يفوت بذلك.

قَوْله: (وإحالتها علىٰ حالها رضًىٰ بالثواب). أي متىٰ تغيرت عن حالها لزمت القيمة.

قَوْله: (وإلا منع من ذلك)[1]. لا يقال (.) بيع منه بقدر القيمة وعتق الباقي إذ تكون القيمة أقل من الثمن لأن هذا التصرف بالعتق أو التقليد لا وجه له، لأنه لا يجوز له (.) كما تقدم.

قَوْله: (وتباع علىٰ المشتري في الثمن)[1]. أي لا ينقض البيع لأنه صحيح بخلاف العتق المتقدم.

قَوْله: (خير الواهب)[1]. ولو كانا عبدين متكافئين فباع أحدهما رد الثاني [٢٢٥/أ] ولزمته قيمة الذي باع ولا خيار للواهب.

والفَرْق أن في الدار ضرر الشركاء، وقيل: تلزمه قيمة العبدين إذا باع أحدهما، كما لو اشتراهما علىٰ أن الخيار له ثم باع أحدهما قبل أجل الخيار فإنه يلزمه البيع فيهما، لأن الخيار إنما وقع علىٰ المجموع.

والفَرْق علىٰ المَذْهَب أن هبة الثواب معروفٌ، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ في العبدين بتفصيل، وهو المَذْهَب، إن كانا مختلفين؛ فإن باع وجهها لزمه الجميع بالقيمة لأن بيع الوجه كبيع الكل، وإن باع الأقل فله ردّ الوجه مع قيمة الذي باع.

قَوْله: (وإن وهبه عبدين فأثابه من أحدهما)[2]. هذا قبل أن يفوت أحدهما.

قَوْله: (ثم ادعىٰ رجل أنه ابتاعها)[3]. أي وأشْكَلَ الأمر أيُّهما كان قبل

---

(١) التهذيب (٤/٣٦٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٦٨ ـ ٣٦٩).

(٣) من هذا إلىٰ قوله: (ومدبّره) كله من التهذيب (٤/٣٦٩).




فيقضي للمبتاع بها، لأن تعلق حقه بذلك أقوىٰ إذ لا يحتاج إلىٰ حوز، وأما علىٰ قول أَشْهَب أنه إذا باع الواهب الهبة قبل قبض الموهوب أو أعتقها فيبطل حق الموهوب بلا إشكال. واستدل ابن القاسم بمسألة الحبس لأنه جعل الحق فيها مع الإشكال للغرماء، ووجهه اعتبار الأقوىٰ لما في ذلك من براءة الذمة، وقيل: بل يغلب حق الحبس لأنه قد تحقق الحوز ولم يثبت دين يبطله لأنه لم يعلم تقدمه عليه.

وقال اللخمي: ينبغي أن يقسم بينهما لأنهما لا يترجح أحدهما علىٰ الآخر ولو وهبه هبة فباعها الموهوب قبل قبضها ثم مات الواهب قبل القبض فإنها قد لزمت بتعلق حق الغير بها في حياة الواهب فصار ذلك بمزلة القبض.

قَوْله: (لم يقض عليه بشيء). مثل أن يقول: إن دخلتُ الدار أو كلمتُ فلانا فعبدي هذا لفلان، لأنه لا يقصد بذلك القربة بل قصد به الامتناع من الفعل فيجب عليه فيما بينه وبين الله، وقيل: يقضي عليه في المعين، بخلاف غير المعين كالمساكين لا يقضي عليه قولا واحدا، ويجب عليه فيما بينه وبين الله. ولو قال: (.) داري لفلان، قضىٰ عليه لأنه علىٰ وجه القربة.

قَوْله: (بتلاً). أي إذا عزم علىٰ ذلك في صحة ولم يجعله وصية.

قَوْله: (فليقض عليه إن كان لرجل بعينه). وإن كان لغير معين فلا يقضىٰ عليه، وقيل يقضىٰ.

قَوْله: (كل مال أملكه). يلزمه الثلث ولا يقضىٰ عليه به، لأنه لغير معين فلا طالب يتعين له ذلك كمَالِك يقضىٰ عليه بما يلزمه من الكفارات (.) في أم ولده، لأنه لم يبق له فيها شيء.

قَوْله: (ومدبّره). لأنه لم يبق له فيه إلا الخدمة، وقيل يلزمه، ثلث خدمته فما خرج في كل يوم تصدق بثلثه فإن كان ذلك أكثر، أي أن كاتبه بخمسين وقيمته مائة لزمه ثلثها، فإن عجز صار رقا فيخرج ثلث الفاضل، وإن كانت القيمة أكثر من الكتابة لم يحاسب.

قَوْله: (فرط أو لم يفرط)(١). (.) أمر ذلك وقيل إن فرط لزمه الغرم كالزكاة يفرط فيها.

والفَرْق أن الزكاة واجبة بالاتفاق، وقد اختلف في هذا، فقال الشَّافِعي ليس عليه إلا كفارة يمين، وقال سحنون لا يلزمه إلا ما لا يجحف به كمن له خمسون يعيش من التجر فيها، ولو نقصن لم يكفه ذلك فيصدق بما لا يجحف به، وقيل: لا يلزمه شيء.

قَوْله: (إلا إخراج ثلث ما بقي)(١). لأنه مالٌ معيّن، ولو كسبها غيره لم يلزمه فيه شيء.

قَوْله: (حياتك)(١). هذه عمرىٰ ولا خلاف أنها ترجع ملكا.

قَوْله: (أو هذه الدابة)(١). فيكون ذلك حياته إن بقيت الدابة أو الثوب وإلا بطل ذلك، وأما الحلي فيبقىٰ أكثر من الدور.

قَوْله: (وهو للآخر منكما)(١). فيملكه الثاني (.) لأنه جعل شيء ملك الثاني له موت الأول.

قَوْله: (صدقة سكنىٰ)(٢). هذه تحمل علىٰ حياة الساكن وخصص الصدقة

---

(١) التهذيب (٤/٣٧٠).

(٢) في التهذيب «صدقة سكناها» (٤/٣٧١).




بالسكنىٰ [٢٢٥/ب] يدل علىٰ أنه لم يرد تمليك الرقبة، وإذا قال: حبسا عليك وعلىٰ بنيك، فالمَذْهَب أنه حبس، فإذا انقرضوا رجع إلىٰ أولىٰ الناس بالمحبس حبسا عليهم، فإن انقرضوا فإلىٰ فقراء المسلمين. ووجهه مراعاة لفظ الحبس، وقيل: يرجع مِلكا لأنه لما جعل له غاية كان كالعمرىٰ، لأن الحبس لا غاية له.

قَوْله: (ذكرهم وأنثاهم سواء)(١). بخلاف رجوعه ملكا إلىٰ ورثته فللذكر مثل ما للأنثىٰ لأنه ميراث.

قَوْله: (كبيعه)(١). أي كما يجوز للمريض أن يبيع، كذلك هبة الثواب لأنه إخراج ملك بعوض.

قَوْله: (فقال الورثة: نعطيك ثلث جميع ماله)(١). أي (.) لك الثلث فهذا لا يقبل؛ لأنه إنما يكون إذا لم تحمل الثلث الوَصِيَّة.

قَوْله: (بطلت الوَصِيَّة فيها)(٢). أي كانت من الموصىٰ له وقد صارت في ملكه وضمانه، ولو تلفت كانت منه.



(١) التهذيب (٣٧١/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٧٢/٤).

كتَاب الوَديعَة

أصلها قَوْله تعالىٰ: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨].

قَوْله: (فدفعه إلىٰ زوجه أو خادمه)[1]. إذا كانوا ممن يدفع عندهم ماله فلا فَرْق بينهم وبين صندوقه ونفسه علىٰ المَذْهَب، ولأنه لا يلزمه أن يستصحب الوديعة أبدا، بل لو استصحبها في بعض المواضع ضمن.

وقال أَشْهَب: يضمن بدفعها إلىٰ غيره مطلقا، لأنه إنما أمنه وحده بل يجعلها في صندوقه.

قَوْله: (ويصدق أنه دفعه إلىٰ أهله)[1]. أي إن تلف عندهم لم يضمن لأن المأذون فيه شرعا أو عرفا كالمأذون فيه قولا، ولو أنكر هؤلاء أنه أودعهم إياها صدق هو لأنه يتعذر الإشهاد في مثل ذلك، بخلاف ما لو خاف عورة منزله أو سافر فأودعها عند ثقة فلا يضمن إن تلفت، لأن الشرع أيضا أذن في ذلك ومن فعل ما أذن له فيه شرعا لم يضمن، إلا أن ينكره هذا فإنه لا يصدق إلا ببينة علىٰ الدفع له، لأنه وإن أذن له في الإيداع عند ثقة للعذر فإنما أذن له بشرط التوثق والإشهاد في ذلك ممكن بخلاف أهله لأنهم في المعنىٰ ليسوا زيادة عليه ومن دفع إلىٰ غير من ائتمنه لزمه الإشهاد وإلا ضمن.

قَوْله: (إلا أنه لا يصدق)[2]. يعني في دعوىٰ العورة والسفر إذا بدا له في ذلك السفر فلم يسافر حتىٰ ثبت ذلك.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٩٤).




قَوْله: (وإن سافر فحمل الوديعة ضمن)(١). لأنه عرَّضها للتلف، وكذلك إذا دفعت له في السفر فأودعها فيه ضمن، لأنه دفع لغير من ائتمنه كالحاضر إلا أن يخاف لصوصا فله إيداعها عند غيره في الحضر في طريقه فإن لم يفعل ضمن، كما إذا خاف عورة منزله، وكذلك يجب عليه حفظ مال أخيه وإن لم يكن مودوعا عنده.

قَوْله: (فكتب وصيها)(٢). ليس هذا بوصي عليهم لأن المرأة لا توصي على ولدها وإنما المال عنده لغير من ائتمنه.

قَوْله: (فخلطها بمثلها لم يضمن)(٣). لأن ذلك زيادة في حفظها، وقيل إن كانت يسيرة فخلطها بكثير ضمن إن تلفت لأنه عرضها للتلف بالشهرة، وهذا لا يظهر في العين لأنه خفي على الجملة وكذلك لو أمره أن يجعل وديعته في إناء فخار فجعلها في إناء نحاس أو زاد على بابه أقفالا فإنه يضمن.

قَوْله: (ولا يغيرها الخلط)(٤). إذا كانت السكة مختلفة فلا اختلاط في الحقيقة، ولا يجوز خلط العروض لاختلاف الأغراض فيها لأنها وإن تماثلت من كل وجه حتى صح الاختلاط فيها فلا تتفق الأغراض. ويجوز في الدنانير والدراهم لأن الأغراض لا تختلف فيها، وفي الطعام قولان لأنه يشبه العين فيكونه من ذوات الأمثال والعروض لتعلق الأغراض المختلفة به.

قَوْله: (وإن كانت مختلفة [٢٢٦/أ] **ضمن)**(٤). أي بنفس الخلط لأنه يتعذر الانفكاك فيكون له المخلوط ويضمن له مثل ذلك قبل الخلط.

---

(١) يريد قَوْله «وإن أودعت المسافر مالاً فأودعه في سفره فضاع، ضمن» التهذيب (٤/٢٩٤).
(٢) التهذيب (٤/٢٩٤).
(٣) في التهذيب «فخلطها بمثلها ثم ضاع المال كله لم يضمن» (٤/٢٩٤).
(٤) المصدر نفسه (٤/٢٩٤).

قَوْله: (ففي ذمته)[1]. اعلم أن الصبي ونحوه كالسفيه والمجنون تارة لا يلزمهم شيء من جنايتهم لا في مال ولا في ذمة، وذلك إذا بعت من أحدهم شيئا فأتلفه لأنك سلطته على ذلك. وتارة يلزم في أموالهم لا غير وذلك إذا أنفقت عليه على اتباعه بذلك، وأما لو دفعت لأحدهم مالاً يتجر فيه فأتلفه فلا يكون في ماله ولا ذمة له فلا يتبع، وتارة يتبعون في المال والذمة وذلك في باب الإتلاف ابتداء منهم. وقَوْلهم: «الصبي لا ذمة له» يعنون في غير الإتلاف فيكون المخلوط للصبي (.) بما نقص قيمة ذلك عما كانت مع الانفراد إن كان له مال وإلا فلهما، وقال المخزومي: يتبع ذمة الصبي مطلقا.

قَوْله: (وإن اختار ترك الصبي)[2]. أي إذا أسقط عنه الانتفاع صار كما لو اختلطا بالربح فيكونان شريكين بقدر قيمة ذلك مخلوطا، لأن كل واحد منهما إنما له الآن قمح مخلوط وشعير مخلوط ولا طريق إلى ذلك وفي هذا حيف بصاحب القمح، لأن قيمته بالخلط تنقص لكنها مصيبة نزلت به ولا يقوم كما كان قبل الخلط لأنه ليس له الآن قمح خالص، إلا أن يتراضيا فيقتسمان ثمن المخلوط على قيمتها قبل الخلط ولا يكون بينهما على الإشاعة مخلوطا للحيف في ذلك على صاحب القمح إلا أن يتراضيا.

قال أَشْهَب: يقتسمانه كما هو على ما كان لهما وإلا وقعا في التفاضل، لأن قيمة القمح معيبا بعض قيمته خالصا، والقيمة بمنزلة المقوم، وإن قوم خالصا فليس له إلا مخلوط ففيه التفاضل.

قَوْله: (لم يجز)[3]. لأنه باع منه إردبا مخلوطا بإردب خالص.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٤).

(٢) في التهذيب «اختارا» (٤/٢٩٤ ـ ٢٩٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٩٥).




قَوْله: (لأنه قضاء لما لزمه)[1]. أي تعين عليه بالإتلاف مثل الذي أتلف.

قَوْله: (لم يضمن إلا ما استهلك)[1]. في تصرف المودع في الوديعة خلافٌ:

المَذْهَب أنه يجوز مع اليسير لأنه نقلها من الحفظ إلىٰ الذمة والضمان وذلك أصلح لربها.

وقيل: لا يجوز لأنه إنما أذن له في التصرف بالحفظ فقط.

وقيل: يكره جمعا بين القولين. وقيل: إن كانت مختومة لم يجز لأنه لا يختار أن يطلع علىٰ ما فيها وإلا جاز.

فإن ردّ مثل ما أخذ فهل يبرأ من الضمان بالأخذ؟ خلافٌ:

المَذْهَب أنه يبرأ لأن سبب الضمان إنما كان الأخذ وقد فقد. وقيل: لا تزول من ذمته إلا بالرد لصاحبها، لأنه ليس له أن يرد ما صار في ذمته إلىٰ الأمانة، ولأن المردود غير الذي أخذ فليس له أن يودع ذلك الغير غير ربها. وقيل: إن رد ببينة لم يضمن وإلا ضمن، وضعّف بأنه لا فائدة للبينة مع تصديقه في تلفها إذا ادعاه، وسوّىٰ بين الدراهم والحنطة لأنها من ذوات الأمثال، والمثل يَقُوم مقام المثل، وليس كذلك العروض لأنه إذا أخذ شيئا منها لزمته القيمة ولا يكون التقويم إلا من الحاكم فلا ينوب عنه في ذلك.

ومن أودع وديعة فرماها من حجره أو كمه نسيانا ضَمِنَ؛ لأن نسيانه اقترن به فعله، فلو نسيها من غير فعل؛ فهل يعد النسيان كفعله لأنه مفرط فيضمن أو لا فلا يضمن؟ قولان.

وكذلك لو اختلط عليه صاحب الوديعة، وجاء شخصان يدعيانها فقولان:

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٥).




المَذْهَب أنهما يقتسمان لأنه مال ادعياه معا وهو معذور بالنسيان.

وقيل: يغرم الثاني مثلها ؛ لأنه (.) عليه نسيانه وهو مفرط ، وكذلك لو دفع له مالان من شخصين قراضا فربح في أحدهما ولم يعلم في أيهما ربح ، فهل ما (.) [٢٢٦/ب] حظه من الربح ويدفع لهما الباقي يقتسمانه أو يرجع لهما جميع الربح ولا شيء له ، ولو كان عليه دين لشخص فنسيه فظن أنه لغيره ، فالمَذْهَب: يغرم لهما. وقيل: يقسمان ذلك بينهما.

والفَرْق أن هذا في الذمة والوديعة ليست في الذمة.

قَوْله: (فهو مصدق)[١]. لأنه أمين في الحفظ والردِّ، فالقولُ قَوْله لأنه ردّ بزعمه إلىٰ من ائتمنه مطلقا. وهل يحلف في دعوىٰ السلف أو الرد أوْ لا ؟ قولان:

قيل: يحلف مطلقا ، وقيل: لا يحلف مطلقا ، وقيل: إن كان متهما حلف ، وإلا فلا ، ويحلف المتهم: واللهِ لقد تلفت في التلف وما فرطتُ ، لأنه يتهم في (.) ، وغير المتهم إذا قلنا يحلف فيحلف أنه ما فرط فقط ؛ لأنه في ذلك متهم فقط ، فلو ادعىٰ أنه قد حلف وأبىٰ رب المال ألا يحلفه وشهد له شاهد أنه حلف ثم رجعا فلا يغرمان شيئا لأنهما أتلفا عليه يمينا لا مال.

فإن قلت: لو نكل لزمه المال لأن كل يمين لا ترد ، فبالنكول يلزم الغرم.

قلت: لم يتلفا عليه النكول الذي يستحق به المال وهذه اليمين إذا ادعىٰ التلف لا ترد ؛ لأنها يمين تهمة ، بخلاف يمينه إذا ادعىٰ الرد لأنها يمين قطع فله ردها ، فإذا حلف المودِع ضمن المودَع فإن لم يدفع له إلا ببينة لم يقبل قَوْله في الرد إلا ببينة ؛ لأنه إنما ائتمنه علىٰ الحفظ لا علىٰ الرد فصار كالوصي (.)[٢] في

(١) التهذيب (٤/٢٩٥).

(٢) كلمة غير واضحة ، لعلها [هو آمن].

الحفظ، ولا يقبل قَوْله في دفع المال للمحجور إلا بالبينة لأنه إنما اؤْتُمِن على الحفظ فقط لا على الدفع، ولأنه أمين الميت لا المحجور، ومن دفع المال إلى غير من ائتمنه ضمِن، ولا يتنافى أن يكون أمينا في الحفظ دون الردّ، وقال ابن الماجشون: إنه أمين في كل ذلك، وقَوْله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْۚ﴾ [النساء: ٦] ليس بشرط، بل كقَوْله: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال أيضا: إن كانت البينة في الإيداع للتوثق ضمن إذا ادعى الردّ دون بينة، وإن كانت مخافة الموت لم يضمن وإن لم تكن له بينة.

قَوْله: (ضمن)[(١)]. لأنه إنما أمره بالدفع المبرئ من كونه ببينة، فإذا لم يشهد فقد فرط، وقال ابن الماجشون: لا يضمن لأنه أمينه.

قَوْله: (ولو شرط الرسول)[(١)]. فيه إشكال لأنه أسقط عنه ما لم يجب في الحال، كأنه قال: إن لزمني ضمانها فأسقطه عني فلزمه لأنه معلق على ذلك.

قَوْله: (رددت المال إلى ربه مع رسول)[(١)]. ضمن لأنه متعد بدفعه لغيره، ولو قال له: خُذ هذا المال فإذا جاءك فلان بأمارتي فادفعه له، فجاءه ذلك بالأمارة فدفعه إليه، ثم طلبه به وأقر فلان بأنه دفعه إلى رب المال وأنكره، فإن المدفوع إليه أولا يضمن لأنه دفع بغير بينة، وهل يرجع على فلان؟ قولان: أحدهما يرجع لأنه تعدى بفعله بغير بينة، والثاني لأنه قد صدقه أنه رسوله بالأمارة.

قَوْله: (فغرمها الرسول)[(١)]. فيها أربعة أقوال:

أحدها: لا يضمن الرسول مطلقا لأنه أمين.

والثاني: يضمن مطلقا لأنه لم يشهد بها وفرط.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٦).

الثالث: إن قدم البلد لم يضمن لأنه أمين، والغالب من حال المسلمين أن يبادر إلىٰ تخليص أمانته، وإن لم يصل البلد ضمن لأنه فرط بترك الشهادة.

والرابع: عكسه إن قدم ضمن لكونه لم يشهد حين دفع، وإن لم يصل لم يضمن لأنه يحتمل تلفها، وهو الغالب إذ لم توجد في رحله، ويحتمل عدم التلف، وإذا احتمل واحتمل فالأصل براءة الذمة.

قَوْله: (علىٰ من يجوز أمْرُه)(١). أي ممن يتهم بعلم ذلك، وكذلك إذا كان في الحضر (.) فلم توجد الوديعة في تركته ففي الضمان قولان.

قَوْله: (فإن لم يتهم صدق)(٢). أي أنه لم يمنع ورثته من الميراث وكان المقر له صديقا لم يصدق، ولو لم يكن له وارث [٢٢٧/أ] إلا بيت المال، فإن قيل: إنه غير وارث كقول صدق، وجاز أن يوصي بكل ماله وإلا فلا.

قَوْله: (صدقة أو صلة)(٢). صار ذلك بنفس الصدقة والصلة حقا للمرسل إليه فإذا دفع إليه بغير بينة ضمن لأنه دفع لغير من ائتمنه دفعا غير مبرئ.

قَوْله: (علىٰ قوم معينين)(٢). يضمن هنا لأن المعين يطلب حقه فلا يرىٰ في الدفع إليه إلا ما يبرئ، بخلاف غير المعين يُقبلُ قَوْله لأنه لا يعلم ذلك إلا من جهته ولا يثبت كذبه، فمهما قال دفعته إلا أنه إن اتهمه رب المال حلفه، ومن حقه أن يقول كنت تدفع ببينة يحضر الدفع في الجملة.

قَوْله: (ثم استردها لم يضمن)(٣). لأنه غرر وتعدّىٰ وسلم وأما (.) في الرد في السلف والرد (.)(٤) الوديعة فأحرىٰ إذا كان المردود عينا.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٩٧).

(٣) في التهذيب «ثم استردها فهلكت عنده لم يضمن» (٤/٢٩٧).

(٤) كلمة غير واضحة بسبب الشطب، لعلها [غير].




قَوْله (فجحدك)[1]. أي قال لم تودعني شيئا فلما قامت البينة بالإيداع قال: تلفتْ أو رددتُها إليك، لأنه لما جحد زالت أمانته، وقد كذب ببينة بجحد أصل الوديعة فضمن.

وقيل: لا يضمن لأن له أن يقول: ظننت أن ذلك الجحود ينفعني.

وقيل: إن قال: لا تستحق علي حقا، لم يضمن، وإن قال: لم تودعني، ضمن وكذلك إن طلبته بثمن سلعة باعها منه فأنكر البيع فأقام الشهادة به، فأقام الغريم شهادة بالدفع، فهل تسمع بينته أو لا لأنه قد كذبها؟ قولان، وفيها ذلك البحث.

قَوْله: (صدق رب المال)[1]. تعارض هنا أصلانِ: فرب المال يدعي عليه الضمان والأصل خلافه، والآخر يدعي الأمانة والأصل خلافها، ولذلك قال أَشْهَب: القول قول الأمين لأنه إذا احتمل واحتمل فالأصل براءة الذمة، ووَجْهُ المَذْهَب أنهما اتفقا على جعله يده على ماله وعلى اليد ردُّ ما أخذت والدفع يكون بوجوهٍ، فلما احْتَمَلَ واحتملَ استصحب الأصل من بقاء الملك الأول.

قَوْله: (فهو مدع)[1]. فصاحب اليد يدعي أنه أخذها باختياره، ورب المال يدعي أنه أخذها غصبا وحال المسلم بناء في ذلك فقد ادعى رب المال خلاف الأصل فضعف جانبه بل ينكل بالمدعي إن لم يتهم المدعى عليه بذلك.

قَوْله: (صدق الدافع)[2]. لأن العرف أن المال الذي دفعه له كان قضاء، فقوي جانب رب المال مع أن هذا يدعي الأمانة والأصل خلافها.

قَوْله: (كما يصدق في ذهاب الوديعة)[2]. أي لما كان القول قول الدافع

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٩٨).

في تلف الوديعة فلم يلتفت إلىٰ المدفوع إليه، فإن قلتَ دعواه التفَت[1]، إنما كان بعد دفع ما يمكن أنه الوديعة، قيل: لا أثر لذلك لأن القول قَوْله في تلفها.

قَوْله: (لم يضمن)[2]. لأنه سلطه علىٰ إتلافه كما لو قال للكبير أتلفها لي لم يضمن، فكذلك الصبي وإن لم يأذن له في الاتلاف لأن ائتمانه تعريض لذلك ولا أثر لإذن وليه لأن إذنه ليس بضمان عنه.

قَوْله: (ومن باع منه سلعة)[2]. لأنه سلط أيضا علىٰ إتلاف ذلك وكذلك إذا ابتاع منه شيئا ودفع له الثمن لأنه سلطه عليه ويضمن هو السلعة، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذن معتبر شرعا.

قَوْله: (فهي في ذمته)[3]. لأن العبد له ذمة بخلاف الصبي.

والفَرْق أن الصغير إنما حجر عليه لحق نفسه فلو كان له ذمة لم يعد الحجر عليه شيئا، والعبد إنما حجر عليه لحق سيده فيكون ذلك في ذمته أي يؤخذ منه بعد العتق لا قبله. وقال أَشْهَب: إن كان العبد وغدا مخارقا فلا يكون في ذمته أيضا، لأن الذي أودعه أتلف علىٰ نفسه. وقال يحيىٰ بن عمر: ذلك في رقبته لأنه جناية إذ لم يأذن لم المودع في التعدي.

قَوْله: (إلا أن يفسخها السَّيِّد)[4]. لأن ذلك عيب في العبد وإن لم يلزمه ذلك الدين إلا (.)[5] [٢٢٧/ب] العتق فكان للسيد إزالته عنه، كما إذا تزوج بغير إذنه وليس تصرفه فيها جنايةً.

---

(١) كذا في المتن.

(٢) التهذيب (٤/ ٢٩٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/ ٢٩٩).

(٤) في التهذيب «إلا أن يفسخها عنه السَّيِّد» (٤/ ٢٩٩).

(٥) كلمة غير واضحة بسبب البتر، لعلها [بعد].

والفَرْق أنه مأذون له في تصرفه فيها بالحفظ. وقد اختلف العلماء في جواز التصرف في الوديعة بالإنفاق.

قَوْله: (في الرق)[1]. أي لا يجوز له بعد العتق أن يفسخه عنه لأنه قد خرج عن ملكه فإن لم يفسخه عنه لزمه بيانه عند البيع، فيقول هو معمور الذمة على شرط العتق بكذا لفلان ويبرأ العبد من ذلك فيما بينه وبين الله إذا فسخ عنه.

قَوْله: (قد كان في ذمته إلا أنه لا يفسخ السَّيِّد عنه)[2]. لأنه لما أذن له في التصرف في المال والبيع بالنسيئة والنقد دخل في ذلك الإذن المطلق قبول الودائع.

قَوْله: (لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع)[3]. أي قد سلطه على التصرف بخلاف الجِنَايَة من العبد على ما لم يؤذن له فيه البتة هذا يكون في رقبته.

قَوْله: (وكذلك ما أفسد العبد الصانع)[3]. لأن السَّيِّد قد أذن له في ذلك فلا خلاف أنه في ذمته والصناع مأمونون، وقد قيل في المأذون الأول: لا يدخل قبول الودائع في إذنه المطلق، لأنه إنما أذن له فيما يتعلق بالبيع والشراء فله فسخه على هذا.

قَوْله: (ولا فيما بيده من مال السَّيِّد)[3]. لأنه لا يملكه العبد إنما يملك ماله كما كان مما تقدم يؤخذ من ماله إلا أن يفسخ السَّيِّد ذلك فيما يجوز له الفسخ فيه وإلا فمن ذمته، ولا يؤخذ من خدمته لأن ذلك أيضا للسيد.

قَوْله: (فذلك في ذمتهم لا في رقابهم)[4]. لأن السَّيِّد لم يأذن له في التعدي.

---

(١) في التهذيب «في رقه» (٤/٢٩٩).

(٢) في التهذيب «فذلك في ذمته لا في رقبته، لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع، وليس للسيد أن يفسخ ذلك عنه» (٤/٢٩٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٩٩).

(٤) في التهذيب «فذلك دين في ذممهم لا في رقابهم» (٤/٢٩٩).

قَوْله: (بخلاف الصبي)[1]. لأنه كالبهيمة، بخلاف العبد فإنه مكلف، وفي الصبي أربعة أقوال:

أحدها: لا يضمن مطلقا لا في مال ولا ذمة لأنه كالبهيمة.

الثاني: أنه يضمن مطلقا كان مالا أو نفسا.

الثالث: إن كان مميزا كما تقدم وإلا فكالبهيمة.

والرابع: إن كان في المال ففي ماله، وفي النفس فعلىٰ عاقلته، وعمدُه خطأٌ.

قَوْله: (ولا ينبغي ذلك لأبيه)[1]. أن يأذن له في قبول الوديعة فهي جناية في رقبته، كل ما يكون في رقبة العبد من الجِنَايَة فهو في ذمّة الصّبيِّ، والعبدُ الصّغيرُ كالحر الصغير.

قَوْله: (ولا تحملها العاقلة)[1]. لأن الأصل ألا تحمل العاقلة شيئا، لكن جاء النص في دية الخطأ في الحر وبقي ما عداه علىٰ الأصل.

قَوْله: (فهو ضامن)[2]. لأنه لما اعترف بدفعها إلىٰ غيرك لزمه الضمان ثم أراد أن يسقط ما لزِمَه فلمْ يُقبل منه.

قَوْله: (وصدقه الرسول)[2]. لما اعترف الرسول بالتوصيل إليه برئ الرسول وصار كأجنبي فصح أن يشهد له بالصدقة إن كان عدلا.

وقيل: لا تجوز شهادته لأنه شهد علىٰ فعل نفسه.

والوجهُ ما تقدَّمَ؛ لأن فعله إنما هو التوصيل والدفع.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٠٠).

[قَوْله]: (ويكون ذلك صدقة)[1]، وصف لفعله كيف يحلف المرسل إليه، يريد أن ذلك لا علم له به ويمكن أن يتلقاه من الرسول، قال: «كما يحلف الصبي إذا كبر»[1]، يعني أنه قد يتوصل إلىٰ ذلك بطريق آخر، وهي مبني علىٰ أصل فيه خلاف وهو: هل يجوز له اليمين علىٰ غلبة الظن؟ والمَذْهَب جوازُه، وقد أمَرَ به عَلَيْهِ السَّلَامُ في القَسَامَة[2]، فكذلك الصبي إذا كبر قد يغلب علىٰ ظنه صدق الشاهد له بمال لأبيه علىٰ شخص، وإن لم يغلب علىٰ ظنه ذلك لم يجز له أن يحلف مع شاهد له أن لأبيه حقا علىٰ فلان إذا رأىٰ ذلك مكتوبا بخط أبيه فيغلب علىٰ ظنه أن ذلك صدق، وقيل: لا يحلف إلا علىٰ العلم، كما قال: علىٰ مثل هذه فاشهد وإلا فلا؛ فعلىٰ هذا من حلف علىٰ ظنه أَثِمَ.

قَوْله: (ضمن)[3]. لأنه لما أمره بالدفع إلىٰ رسوله أو غيره فإنما أراد [٢٢٨/أ] دفعا يبرئ ذمّتَه بالإشهاد، والرسول وكيلُه في القبض وأمينه في الحفظ، ولم يأتمنه علىٰ القول أنه قبض منه، فلا يقبل قول الرسول في القبض إذ يمكن أنه تواطأ معه علىٰ ذلك.

قَوْله: (بخلاف من دفعت إليه مالا)[3]. يعني أن الرسول قد صدقه المدفوع إليه في الدفع (.) لأنه وكيله علىٰ الدفع إليه فقد صح الدفع بإقرار المدفوع إليه، وفي الأول وكله علىٰ القبض والحفظ بعده ولم يثبت القبض فلا حفظ ولا أمانة وإنما ثبتت الأمانة بعد ثبوت القبض فيضمن الدافع في الصورة الأولىٰ للموكل

---

(١) التهذيب (٤/٣٠٠).

(٢) المقصود حديث حويصة ومحيصة، وقد رواه مَالِك في الموطأ، كتاب القَسَامَة، باب تبدئة أهل الدم في القَسَامَة، ورواه البخاري في الصحيح، كتاب الأحكام، باب كتاب الحاكم إلىٰ عماله والقاضي إلىٰ أمنائه. وأحمد في مسنده، مسند المدنيين، بقية حديث سهل بن أبي حثمة. ١٦٠٩١.

(٣) التهذيب (٤/٣٠٠).

ولا يرجع الدافع علىٰ الوكيل، لأنه لما صدقه في أنه يستحق القبض فقد دفع إلىٰ من أذن له في القبض والحفظ، وقول القابض في دعوىٰ التلف مقبول ولا ضمان عليه لواحد منهما.

قَوْله: (والولد عبد لك)[1]. لأنه يكون علىٰ ملكك وهو زان.

قَوْله: (فالدافع ضامن)[2]. لأنه دفع بغير بينة لغير من ائتمنه.

قَوْله: (فإن ضمَّنْته)[2]. أي لك أن تضمن المدفوع إليه لأنه غريمُ غريمك وأن تضمن الدافع، فإن ضمنته كان له الرجوع علىٰ أحدهما منه لأنّه بين أمرين: إما أن يكون دفع إليك فقد تعدىٰ إذ لم يشهد، أو لم يدفع فيلزمه الغرم.

وقال أَشْهَب: لا ترجع عليه لأنك قد صدقته أنه المأذون له في القبض حين جاءك بالأمارة.

قَوْله: (عند أعدلهما)[2]. هذا إذا تنازعا في حفظ المال وهما وإن جعل النظر لهما معا، فمن شرط الوصي العدالة، ولذلك إذا لم يكن عدلا أزاله الحاكم، فإذا استويا في العدالة كان عندهما يقسم بينهما، وهذا بخلاف المودع لأنه لا يشترط فيه العدالة إذ قد يودع عند ذمي وفاسق وتكون الوديعة عندهما، وكذلك (.) ليس من شرطه العدالة، فما قال في الكتاب مشكل، ووجهُهُ أن يكون المودع غائبا فيصير كالميت مع الوصي فينظر الحاكم في أمره، وأما مع حضوره فلا.

قَوْله: (إن أقمت بينة أنه أودعها)[3]. لابد من إثبات ذلك وتلزمه النفقة،

---

(١) التهذيب (٤/٣٠٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٠١).

(٣) في التهذيب «فإنك إن أقمت بينة أنه أودعكها» (٤/٣٠١).

لأنه قام عنه بواجب علىٰ أصل المَالِكية من أن ذلك ليس بشرعٍ.

قَوْله: (وإن لم يشهدوا بها)[١]. لأنه يعلم انه لابد لها من علف ولكن يقبل قولك فيما يشبه ولا يكذبه العرف.

قَوْله: (فهو ضامن)[٢]. حكم للمسبب بحكم المباشر، فأما إذا ماتت الدابّة من الإيلاج فهو سبب بإعلاء الفحل عليها ولو ماتت لإعلاء الفحل عليها فهو مباشر بالتعدي، وكذلك إذا زوج الأمة المودوعة فماتت من الحمل، لأنه متعد بالتزويج الذي هو سبب الوطء، الذي هو سبب الحمل، والمباشر هو الزوج فينبغي أن ينسب إليه التعدي. بخلاف الدابة لا ينسب إليها فعل لأنها كالآلة فأشبه هناك أن يثبت التعدي إلىٰ المشتري لكن الزوج في ذلك معذورٌ لأنه غرّه فلم يلزمه شيء، وقد جعل الشرعُ للمغرور [أثرا][٣]؛ ألا ترىٰ أن الأمة إذا غرّت بأنها حرة فيتزوجها رجل فولده حرٌّ بالإجماع.

وقيل: لا ضمان علىٰ المدفوع لأن ذلك الذي فعل مِن مصلحة الدابة، وكذلك التزويج ليس مما يهلك المرأة، وإنما المقصود في ذلك حسم باب العداء، إلا أن ذلك إذا علم أن الموت كان من سبب الوطء والإنزاء لا من غيره، وقال في الأمة المرهونة: ضمانها من الراهن، وهي كالمتقدمة لا فَرْق، فأخذ مِن كلِّ مسألة قولٌ ثان في المسألة الثانية بالتخريج.

قَوْله: (فأنت مخير في تضمينه)[٤]. هذا لطول الزمان وتغير الحيوان غالبا،

---

(١) التهذيب (٤/٣٠١).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٠٢).

(٣) في المتن [أثر]، والصواب ما أثبته.

(٤) التهذيب (٤/٣٠٣).

ولو وجد بحاله فإن ذلك يكون عن تغيرٍ حادثٍ في الغالب، (.)[1] [٢٢٨/ب] فلذلك جبر في الضمان المكري والمستعير، بخلاف لو غصبها أو سرقها فإنه إذا لم يتعد في ذاته لم يضمن بحوالة السوق.

والفَرْق أن الغصب والسرقة يندران، والكراء والاستعارة يكثران، فيضمن المتعدي فيما يكثر حسما للتعدي.

قَوْله: (وصدقوه في ذلك)[2]. فهو ضامن لأنه إنما تجب النفقة لهم عليه بأن يحكم بها أو يدعي الغائب أنه لم يكن يبعث لهم فإذا وجبت فإنه يصدّق، كما لو قام عنه بواجب من مال نفسه ليرجع به فأحرىٰ إذا كان ذلك من مال الغائب، وإن لم يجب فلم يقم عنه بواجب وتعديت علىٰ ماله.

قَوْله: (فهو ضامن لما نقصها التزويج)[2]. المَذْهَب أن التزويج عيبٌ مطلقاً في الإماء؛ لأنها إذا تزوجت تعلق خاطرها بالزوج واعتادت الوطء، فيقال: كم قيمتها لم تتزوج، وقيمتها قد تزوجت.

وقيل: لا يكون عيبا إلا في الوحش لا في العلية؛ لأنها إنما تراد للوطء ثم السَّيِّد بالخيار بين أن يجيز هذا النكاح أو لا، فإن لم يجزه انفسخ، وإن أجازه فقولان:

أحدهما: يفسخ لكونه بلا ولي، والثاني: يصح. فإن حملت فالحمل عند أخذه عيب لأنه مرض، وكذلك النفاس لأنها تبقىٰ مدة لا تقرب فهذان عيبان، فإن لم يعلم حتىٰ زال النفاس فعلىٰ المَذْهَب جبر العيب بالولد، وهو مشكل لأن الولد ليس غلة وإنما هو للمودع فكيف يجبر العيب بماله؟ فاستخرج من ذلك أن

(١) بتر يسير جدا في طرف الورقة.

(٢) التهذيب (٤/٣٠٣).

الولد غلة.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ؛ بأنه لا يجبر بذلك بل تختار أحدهما بيع الأرش أو يضمنه قيمتها، لأنه متعد بالتزويج، ولا خلاف نقلا في الغاصب أنه يرد الولد ويمكن بالتزويج هنا أنه غلة.

قَوْله: (بلا ولد)[1]. لأنه لما غرم قيمتها يوم البناء فقد تحلق الولد على ملكه.

قَوْله: (فيمن ابتاع أمة وَردّها بعيب)[2]. ليست هذه كالأولى؛ لأن الولد نشأ على ملك المشتري فصح أن يجبر به النقص، إلا أن الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من حينه أو من أصله؟ قولان: فإن قلنا من أصله فهو أيضا محمول على الغلة، وقيل: لا يجبر بالولد.

قَوْله: (كما يجبره بزيادة قيمتها)[3]. يعني إذا وجد عيبا قديما فإنه يرجع بالأرش أو يردها دون أرش بعيب النكاح لاتجاره بالولد.

قَوْله: (والنكاح ثابت)[3]. لأن هذا نكاح صحيح، ولذلك لا يجوز له أن يضمنه هنا القيمة للتزويج؛ لأنه لم يتعد بتزويجها بخلاف المودع.

قَوْله: (رجع بحصته)[3]. وقيل: لا يرجع لأنه لم يضره في البيع؛ لأن الفرض أنه لم يطلع عليه.

قَوْله: (لو تسوق بها)[3]. أي أدخلها السّوق للبيع.

قَوْله: (فالربح له)[4]. لأنه نشأ على ملكه، لأنه إنما تعدى على الثمن ولا

(١) التهذيب (٤/٣٠٣).
(٢) في التهذيب «فيمن رد أمة ابتاعها بعيب» (٤/٣٠٣).
(٣) المصدر نفسه (٤/٣٠٣).
(٤) المصدر نفسه (٤/٣٠٤).




تتعين الدنانير والدراهم وإنما اشترىٰ علىٰ ذمته بعد أن ترتب الثمن في ذمته فلا شيء لربِّ الوديعة في السلعة ولا خيارَ، بخلاف لو كانت الوديعة عرضا فاشترىٰ به عرضاً آخر فإن ربها [مخير][1] إن لم يجز البيع أخذ سلعته، وإن أجاز كانت السلعة الأخرىٰ له؛ لأنه اشتراها بعرضه.

وقيل: إن الربح لربِّ المال لئلا يصل هذا بتعديه إلىٰ أن يربح، ولكن إن خسر كان عليه.

وقيل: إن كان موسرا فالربح له لأن له ذمّةً عامرة، وإلا فلِربِّ المال.

قَوْله: (فلا ينبغي أن تجحده)[2]. لقَوْله: «لَا تَخُنْ مَن ائْتَمَنَكَ»[3] وهذا نهيٌ، وكذلك قالوا في الأسير يؤتمنُ: لا يجوز له أن يخون، بخلاف إذا لم يؤتمن.

وقيل: يرجع بذلك لقَوْله تعالىٰ: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ﴾ [النحل: ١٢٦]، ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ﴾ [الشورىٰ: ٤٠]، ولحديث هند زوجة أبي سفيان لما شكت شُحَّه إليه ﷺ فقال: «خُذِي مِن مالِهِ مَا يكْفِيكِ وَبَنِيكِ بالمعْرُوفِ»[4]. وقيل: إن كان من جنس ماله أَخَذت وإلا فلا.

وقيل: إن لم يكن عليه دين أخذْتَ، وإن كان فخُذ قدر ما ينوبك في الحصاص.

(١) في المتن، مخيراً، والصواب ما أثبته.

(٢) التهذيب (٤/٣٠٤).

(٣) الحديث رواه أبو داود في سننه كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده. والترمذي في أبواب البيوع، رقم ١٢٦٤، وأحمد في المسند، مسند المكيين، حديث رجل عن النبي ﷺ. وكلُّهم بلفظ «أد الأمانة إلىٰ من ائتمنك، ولا تخن من خانك»،

(٤) الحديث في صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرىٰ أمر الأمصار علىٰ ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال و الوزن و سننهم علىٰ نياتهم و مذاهبهم المشهورة. ومسلم في كتاب الأقضية، باب قضية هند.

وقيل: ترك الأخذ مندوب، ويجوز الأخذ. [٢٢٩/أ]

قَوْله: (يستأني بها)(١). أي تعمره، وبعد التعمير يتصرف أو يتصدق عليه بشرط الضمان كاللقطة بعد التعريف سواء، فإن لم يأت برئت ذمتك بالصدقة لأنها عنه، وقبل التعمير لا يجوز لك التصرف البتة، ولا تحتاج في ذلك إلىٰ الحاكم، وهذا ينبني علىٰ أصل وهو: هل بيت المال وارثٌ كما يقول سحنون، أو لا وهو المَذْهَب لاسيما في زمن الظلمة، فإن قلنا: إنه وارث فلا تجوز الصدقة وليدفعه إلىٰ بيت المال، وعلىٰ هذا لا يجوز أن يوصي بكل ماله، وإن قيل: لا بل هو فوت للمال الذي لا مَالِك له ويجوز(٢) التصرف وأن يوصي بكل ماله لمن شاء.

قَوْله: (فهلك، ضمنته)(٣). للتعدي في ملك الغير.

قَوْله: (لم يضمن)(٤). لأن هذا مأذون فيه عرفا ويجوز بغير إذن السَّيِّد، فله ذلك لأن الإذن للعبد لا يمنع السَّيِّد من انتزاع ماله.

قَوْله: (فالقول قول السَّيِّد)(٤). لأن كل ما في يد العبد إما مال السَّيِّد علىٰ أنه لا يملك أو متعلق حقه، وعلىٰ الوجهين فهو أحق به، ولأن حوز العبد حوز للسيد فكما لو ادّعىٰ شخصٌ أن ما في حوزهِ له لم يقبل قَوْله، فكذلك هنا.

وأما العبد المأذون فإنه لما أذن له في التصرف تضمن الإذن أن يكون للناس من ديون فكان القول قَوْله إذا كان ذلك من نوع ما أذن له فيه بالتصرف.

---

(١) التهذيب (٤/٣٠٥).

(٢) كذا، والأنسب أنها: فيجوز.

(٣) التهذيب (٤/٣٠٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٠٦).

كتَاب العَارِيَة

وهي تملِيكُ مَنَافِعِ العَيْنِ المسْتَعَارَةِ بغَيْرِ عِوَضٍ؛ فإن كان بعوض فهي الإجارة. وقال الشَّافِعي: هي إِبَاحَةُ الِانْتِفَاعِ لا تملِيكٌ؛ فيرجع فيها متى شاء عنده، ويُبْنَى على ذلك أنه عندنا [أنه][1] لما ملكها فيجوز بيعه إياها، ولا يجوز عنده، كالبضع ملَكَ أن ينتفِعَ بالإباحة ولم يملكه، ولو أعار جاره لشخص ثم سرق منها شيء فعندنا يقطع، وعنده لا يقطع؛ لأنها ليست حوزا بالنظر له. ولو أعير إياه يوما لم يجز أن يستخدمه ولا يخدم في ذلك اليوم سيده لأنه قد ملك منافعه لابنه.

وهل هي على الوجوب أو الندب؟ قولان:

فوَجْه الأَوَّلِ: قَوْله تعالى: ﴿وَيَمۡنَعُونَ ٱلۡمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ٧]، وهو ما يستعان به، وقد توعد عليه بالويل.

ووَجْهُ الثَّانِي: أن المراد بالماعون في الآية الزكاةُ، واختلف العلماء في ضمانها. فقيل: هي مضمونة مطلقا ما يغاب عليه وما لا يغاب، وقيل: عكسه مطلقا، والمَذْهَب التفصيلُ: فيضمن ما يغاب عليه دون ما لا يغاب عليه.

وسبب الخلاف الحديثُ في الأدراع التي أعاره ﷺ صفوان بن أمية؛ «بَلْ عَارِيَة مَضْمُونَةٌ»[2]، فهذا لفظ خاص ورد على سبب خاص، وهو فيما يغاب عليه، فكان مقصورا عليه، بخلاف ما لو كان اللفظُ عاما والسببُ خاصّا فإنه يعم نظرا إلى اللفظ، كقَوْله ﷺ في بئر بضاعة: «خلق الله الماء [طهورا[3]] لا ينجسه

---

(١) كذا في المتن، الصواب إسقاطها.

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب الرهون، من مسند أحمد وسنن البيهقي.

(٣) في المتن: طهور، والصواب ما أثبته.

شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»[1]، ووجه التضمين مطلقا أنه أمين كالمودع، والفَرْق أن له التصرف، بخلاف المودع.

ولا ضمان في الإجارة لأنها بعوض، والمنفعة في القبض لها. وكان الأصل في الضياع غرم الضمان لكن ضمنوا لما في ذلك من المصلحة للفريقين، ولأن الغالب منفعتهم.

قَوْله: **(فإن كان وجه عاريته إلىٰ مثل ذلك)**[2]. لأن العرف كالشرط، ولا يضمن.

قَوْله: **(اركبها حيث شئت)**[2]. في العرف أن يسير بها إلىٰ بلد آخر، فإن تلفت الدابة لم يضمن لأنه مما لا يغاب عليه، لكن يضمن الشرج واللجام والحل لأن ذلك مما يغاب عليه.

قَوْله: **(فالقول قول المستعير)**[3]. هذه إذا ادّعىٰ (.) [٢٢٩/ب] واحد ما يشبه؛ وذلك لأن المعير يدعي عليه الضمان والأصل عدمه، وقد اعترفا بالإذن.

نظيره: ما لو باع منه بثمن إلىٰ أجل ثم ادعىٰ البائع أنه قد حل الأجل، وأنكر المشتري، فالقول قَوْله لاجتماعهما علىٰ الأجل، والأصل عدم الحلول. فعلىٰ المَذْهَب: لا يلزمه كراء فيما زاد؛ لأن مقتضىٰ تصرفه في ذلك أن يكون تصرفه بالعارية، وقال سحنون: تصرف المستعير بالنظر إلىٰ التلف ويكون عليه

---

(١) الحديث بهذا اللفظ في البدر المنير لابن الملقن، كتاب الطهارة، باب الماء الطاهر، الحديث الثالث. ورواه أيضا أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب في بئر بضاعة، والنسائي في سننه كتاب المياه، باب ذكر بئر بضاعة. وأحمد في المسند، مسند المكثرين من الصحابة، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. رقم ١١٢٥٧.

(٢) التهذيب (٤/٣٠٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٠٨).

الكراء في الزيادة جمعا بين المصلحتين، ولأنه يدعي تصرفه في ملك الغير بالإذن والأصل خلافه.

قَوْله: (وكذلك إن اختلفا فيما حمل عليها)[1]. فيها أيضا القولان.

قَوْله: (لم يصدق أنه استعاره لذلك)[1]. لأن المُهر في العرف لا يحمل عليه، بل يراد للركوب بخلاف البعير.

قَوْله: (فحمل عليها حجارة)[1]. إذا كان الذي حمل مثل الذي اشترط أو أقل ضررا فلا ضمان؛ لأنه لا يتعين ما تستوفي به المنافع، وإن عين، إلا في الصبي الرضيع والمعلم الكتب والقراءة، لاختلاف الصبيان في ذلك.

قَوْله: (أو أردف رديفا)[2]. إن كان المسلط موسرا غرم ولم يضمن الرديف؛ لأنه دخل على ألا يغرم، وإن كان معسرا اتبع.

وقيل: بل يغرم الرديف؛ لأنه المباشر لاستيفاء المنافع.

قَوْله: (يوم أردفه)[2]. لأنه زمن العداء، ولو باع المستعير هذه المنافع ممن تعدى على الدابة فأتلفها رجع عليه ربها لا على المستعير؛ لأنه فعل ما يجوز له، كما لو استأجر دارًا إلى مدة ثم أكراها من غيره فهدمها ذلك الغير.

قَوْله: (يزيد في الحمل ما تعطب به الدابة)[2]. فَرّقوا بين أن تعطب في زيادة المسافة، وأن تعطب بالزيادة في الحمل؛ وذلك أنها في زيادة المسافة عطبت بغير مأذون فيه، وفي غير زمن الإذن، والحمل بعضه مأذون فيه فينبغي أن يكون بغير المأذون بعض القيمة.

---

(١) التهذيب (٤/٣٠٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٠٩).




قَوْله: (**من ثوب**)[1]. إذا تلف الثوب فتلزمه قيمته على حاله بعد استيفاء المنافع ؛ لأنه قد ملكه هذه المنافع واستيفاءها ينقص منه ، ولا يقوم قبل ذلك إلا أن تقوم بينة ؛ لأنه ضمان تهمة ، فإذا قامت البينة زالت التهمة .

وقال أَشْهَب: بل هو ضمان أصالة ، لقَوْله ﷺ: «عارية مضمونة»[2] ، ولم يكن ﷺ [متهما[3]] على ذلك ، فلا يسقط الضمان على هذا وإن قامت البينة على ذلك .

قَوْله: (**ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان**)[4]. الأشياء المعارة ثلاثةُ أضربٍ:

ما يغاب عليه بلا خلاف ؛ وهو كل ما يجعل في الخزانة كالثوب والدراهم ، وما لا يغاب عليه بلا خلاف كالأرض والدور ؛ إلا أن الأبواب الداخلة فيها يغاب عليها ، وقسم فيه خلاف وهو الحيوان ، فالمَذْهَب أنه مما لا يغاب عليه ؛ لأنه مما لا يخفى غالبا كالغنم والطير والدجاج ، والنادر لا يعتد به ، وقيل: إنه مما يغاب عليه ؛ لأنه قد يمكن إخفاء بعضه ، والسفينة لا يغاب عليها وقلعها ومجاديفها يغاب عليها .

(**مات العبد فلا شيء لك عليه**)[5]. لأنه قد فعل ذلك بإذنك فيما يصح لك من الأدب وينبغي للمأمور ألا يمْتثِل حتى يعلم استحقاقه لذلك ، ولو كان به مرض لا يحتمل ذلك من أجله ، عزر السَّيِّد والضارب مائة وحبسا سنة ، كما فعل ﷺ بمن

(١) التهذيب (٤/٣٠٩).

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب الرهون.

(٣) في المتن: متهمٌ، والصواب ما أثبته.

(٤) التهذيب (٤/٣١٠).

(٥) كذا من غير ترجمة ، وهو في التهذيب (٤/٣١٠).

قتل عبده عمدا.

قَوْله: (واستحب له أن يكفر كفارة الخطأ)[1]. لأنه يمكن أن يموت من ذلك ولم يقصد القتل فهو خطأ، وقد اختلف في قتل العبد (.)[2] تقبل فيه الكفارة لقَوْله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢]، وهذا مؤمن، (.)[3] لا كفارة فيه وإنما ذلك في الحر بدليل قَوْله: ﴿وَدِيَةٌ﴾ [النساء: ٩٢] والدية إنما تكون في الحر، فلذلك قال: [٢٣٠/أ] «وأستحب»[4]، للخلافِ.

قَوْله: (فإن زاد زيادة أعانت علىٰ قتله)[4]. فَرْق بين أن تكون الزيادة مما يقتُل أو لا، كتفريقه في الزيادة في الحمل، ولم يفَرْق في الزيادة في المسافة أنه يضمن بها مطلقا، فقيل قولان في كل موضع بالنقل والتخريج.

وقيل: الفَرْق أنه في زيادة المسافة تلف بما لم يؤذن فيه، وهنا لم يتمحض التلف لما لم يؤذن فيه، بل مات بالمأذون وبغيره، وسوّىٰ سحنون بين الموضعين، وهو الوجه؛ لأنه إذا أراد ضربا فقد تلف في زمان لم يؤذن له فيه بالضرب، وكذلك الإمام إذا أمر أحدا بقتل شخص تعديا أو [تعزير][5] فقتله فلا يلزم المأمور شيء؛ لأنه تلزمه طاعة الإمام كما يلزم العبد طاعة سيده، فالجِنَايَة من السَّيِّد والإمام لا من المأمور، بخلاف من لا تلزمه طاعة الآمر فإنه يضمن.

قَوْله: (إلا أن تعطيه ما أنفق)[6]. لأنك لما أذنت له فقد تعلق حقك بذلك،

---

(١) التهذيب (٤/٣١٠).
(٢) موضع بتر يسير، لعله: [هل]
(٣) موضع بتر، لعله: [وقيل]
(٤) التهذيب (٤/٣١٠).
(٥) كذا، ولعل الصواب: تعزيراً.
(٦) التهذيب (٤/٣١٠).

وتلك المنافع نيابة، وصار قبضه لأولها بمنزلة قبضه لأواخرها، وقبض كل شيء على حبسه.

وقد وقع له في بعض المواضع أن قبض الأوائل ليس بمنزلة قبض الأواخر؛ وذلك إذا استأجره دارا لمدة فانهدمت، فإن الكراء يفسخ، ولو كان قبض الأوائل قبضا للأواخر لم ينفسخ، وكذلك قال: لا تفسخ دينا فيما يتأخر قبضه كالإجارة فصار قولنا قبض الأوائل قبضٌ للأواخر ليس بالقويّ، والمخالف لا يقول به، وأيضا العرف كالشرط عندنا، وليس بمنزلته في القوة؛ لأنه مشبه به، والمخالف لا يقول به، فضعف أمره لذلك. فلهذا فَرْقنا بين العرف والشرط؛ فإذا شرط الأجل لم يكن له الرجوع في ذلك بوجه، وفي العرف إن شاء الرجوع أعطى قيمة ما أنفق قائما.

ووجه القيمة: أنه قد ينفق بغير نظر أو يتأول ذلك بيده، وقيل: هما قولان، وقيل: اختلاف في حال، فالقيمة إذا كانت عنده الحجارة والجص والتراب، وما أنفق إذا اشترى ذلك بماله، ولما دخل بإذن على شرط البقاء عرفا اعتبرت القيمة مع قيام النقيض، بخلاف إذا تم الأجل؛ لأنه دخل على القلع، وقيل له أنه يعطيه قيمتها مقلوعة؛ لأنه لما لم يدخل على أجل فقد دخل على القلع، ولا عرف في قدر بقاء البناء يرجع إليه غالبا، بخلاف الثوب والدابة. وتحط أجرة القلع من القيمة إلا أن يكون الباني ممن يتولّى ذلك بنفسه.

قَوْله: (وكذلك لو لم يبن)[1]. لأنه لم يقبض من المنافع شيئا.

قَوْله: (وإن لم يضرب أجلا)[1]. كان ذلك لك لما تقدم من ضعف العرف.

قَوْله: (فله قلع بنيانه)[2]. لأن الحق له إلا أن تشاء أنت أخذه، لأنه لا

---

(١) التهذيب (٤/٣١٠).

(٢) من هذا إلى قوله: (فله قلع بنائه) كله من التهذيب (٤/٣١١).

ضرر ولا ضرار وإن صادف آخر الأجل زرعا لم يبد صلاحه أو تمرة في رؤوس النخل، فأما في الإجارة فيلزمه كراء مدة بقاء ذلك إلىٰ أن يطيب ولا يجبر علىٰ قلع ذلك، وأما في العارية فقد يتردد الأمر بين أن يقول لا كراء لك عليه لأنه دخل علىٰ ألا كراء مع أن الزرع له أمد معلوم فتوقف عنده، وقد يقال: عليه الكراء لأن الإذن إنما كان في مدة قد انقضت.

قَوْله: (**حتىٰ يتم الزرع**). الفَرْق بينه وبين البناء من وجهين أحدهما ان الزرع له أمد ينتهي إليه والثاني أنه مما لا يجوز بيعه الآن فلا يصح أن يأخذه بقيمته كما في البناء وإن كانت لك الأرض لأن ذلك إنما يكون لو اشتريت الأرض قبل ذلك فيكون الزرع حينئذ تابعا للعقد الأول كأنه فيه.

قَوْله: (**وليس لك أخذه بكراء**). لأنه إنما دخل علىٰ (.) كراء ومن ضرورة إذنك له في التصرف أن يطرأ مثل ذلك فقد تضمنه الإذن.

قَوْله: (**إلا أن يكون إنما أعرته** [٢٣٠/ب] **للثواب**). لأن هذا إجارة بلفظ العارية.

قَوْله: (**فإن تبين صفة البناء**). لأنه صار عوضا عن المنافع فلزم أن يكون موصوفا وإلىٰ أجل معلوم، إلا أنه قد قال في موضع آخر: لو باع دارا وشرط سكناها عشر سنين لم يجز، فيحمل علىٰ أنها كانت لا يؤمن تغيرها، وأما إذا أمن من ذلك فيجوز كهذه المسألة، لأن البناء فيها صار بيعا بالمنافع والمنافع به، وينبغي أن يقال: إنه بفراغه من البناء يصير ملكا لرب الأرض فيكون الكراء البناء مع الانتفاع به إلىٰ الأجل حتىٰ يزول من ذلك تأخير قبض المعين.

قَوْله: (**ما بدا لي**). لم يجز لأنه يصير ثمن المنافع مجهولا وحكم الإجارة أن تكون معلومة من الطرفين.

قَوْله: (**فله قلع بنائه**). يعني أنها إجارة فاسدة ولم تفت بالنيابة لأنه (.)

العوض وهو باق.

قَوْله: (ولك أن تعطيه منقوضا)[١]. أي ولابد من (٠).

قَوْله: (إذ ليس لشجر حد معروف)[٢]. يعني أنه ليس من قدرة الانسان أن يحيي الغرس على ما يريد انما ذلك لله ﷻ: ﴿ءَأَنتُمْ تَزْرَعُونَهُۥٓ أَمْ نَحْنُ ٱلزَّٰرِعُونَ﴾ [الواقعة: ٦٤]، مخالف لها ولم ينضبط بالصفة إذ لا يكون على غرضه كان مجهولا.

قَوْله: (والمغارسة من جهة الجعل)[٢]. يعني لا يجوز ذلك على جهة الإجارة لأن شرطها العلم بالعوض والعوض منه، والجعالة حكمها أن العمل [مجهول][٣]، والأجرة معلومة ولابد، إلا أن هذه المسألة مشكلة سواء ضربا أجلا أو لا، أما مع الأجل فلا يجوز في الجعل الأجل، لأنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل إذ قد لا يمكنه ذلك في الأجل المضروب وإن لم (٠)، وقلنا إن الأجرةَ المنافعُ فهي مجهولة المدة، وإن قلنا ما يستغل من ثمر الشجر الذي قد صار لرب الأرض بعضه فهو أيضا مجهول فينبغي ألا تجوز، فلم يبق إلا أنه رجع إلى الغالب في ذلك والعرفِ، وكأن المدة مضبوطة ومنافعها والثمن الذي يكون فيها كذلك.

قَوْله: (لم يجز)[٤]. لما تقدم من أن صيرورة الشجر على الوصف المذكور ليس من صنعه ويضرب الأجل في الجعل.

قَوْله: (مضمونة عليه)[٤]. لأنه إنما يكون مضمونا عليه ما له قدرة على فعله كالبناء.

---

(١) في التهذيب «ولك أن تعطيه قيمته مقلوعا» (٤/٣١١).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣١٢).

(٣) في المتن «مجهولا» والصواب ما أثبته.

(٤) التهذيب (٤/٣١٢).

قَوْله: (فورثته بمنزلته)[1]. بخلاف النفقة، إذا التزم له النفقة عليه مدة فمات قبل تمامها لم يكن لورثته شيء.

والفَرْق أنه إذا أسكنه في موضع ولم يشترط الوحدة فإن زوجته وولده الذين في عياله يدخلون معه وليس ذلك كالنفقة، فصار كأنه ملكهم السكنىٰ معه، فإن قلنا إنما ملكه وحده فينبغي ألا يكون لورثته شيء، قيل: قد تقدم أن قبض أوائل المنافع تنزل منزلة قبض الجميع وإنما انتقض ذلك في الدين لأنه شبه الدين في الدين، وقد طرد أَشْهَب القاعدة في ذلك كله فأجاز فسخ الدين في منافع لا يتعجل قبضها وإذا ثبت ذلك فقد قبض الجميع بقبض الأوائل، فإذا مات فعن حق صار له بالقبض وليس كذلك النفقة، لأنه إنما ملك منها ما قبض حَسْبُ.

قَوْله: (كان قد قبضه أوْ لَا)[1]. لأن الهبة لازمة من جهة الواهب جائزة من جهة الموهوب فتلزم بالقول وتتم بالقبض ولا تبطل إلا بموت الواهب قبل قبضها لحديث أبي بكر: «لو كُنتِ حُزْتِيهَا قبل مرَضِي كانَتْ لكِ»[2]، أو بفلسه لأنه إذا مات أو فلس (.) بماله حقوق أخرىٰ من حقوق الموهوب إلا أن يكون الموهوب قائما علىٰ طلب الحق والواهب يماطله فلا يسقط حقه لأنه لم يفرط ويجبر الواهب علىٰ إقباضها لورثة الموهوب و(.) تحتاج الوَصِيَّة إلىٰ حوز لأنها جائزة في حياة الموصي وإذا مات لزمت، وكذلك[٢٣١/أ] الحبس علىٰ غير معين لا يحتاج إلىٰ ذلك لأنه قد تعلقت به حقوق غير معينين.

قَوْله: (والناس عند شروطهم)[3]. أي من التزم شيئا لزمه وقد تكون العمرىٰ باعتبار حياة المعمِّر وباعتبار حياة المعمَّر، وفي الحيوان تزيد قسما ثالثا

---

(١) التهذيب (٤/٣١٢).

(٢) الأثر تقدم تخريجه في أول كتاب القراض ذكره بلفظ: «لو كنتِ قبضت الهبة».

(٣) التهذيب (٤/٣١٢).

وهو اعتبار حياة الحيوان، وإذا وقع هذا فهل هو تمليك الحيوان له لأنه لا يرجع إليه بوجه إذ قيد الانتفاع بذلك حياته، أو ليس تمليكا.

وفائدة الخلاف أنه إن قلنا ملكه فله أرشه وميراثه، وأما في الثياب فقال: لم أسمع ذلك فيها، ويمكن أن يكون الفَرْق أن الثوب يسرع تغيره بالانتفاع، بخلاف الدار والحيوان والعمرىٰ إنما هي تمليك منافع العين مع بقائها وبذلك يجوز استئجار الثوب إلا إلىٰ مدة يمكن بقاؤه إليها وتجوز عندنا هبة المجهول الرقبىٰ، سميت بذلك لأن كل واحد يرقب موت صاحبه.

قَوْله: (فيحبسانها)[1]. من حبس علىٰ غير معين فلا يحتاج إلىٰ قبول أحد لأنه قد تعلق بذلك حقوق غير المعين وإذا حبس علىٰ معين فقولان هل يرجع بعد موته إلىٰ ملك المحبس أو ورثته أو يبقىٰ حبسا علىٰ أقرب الناس إلىٰ المحبس، وفيه ثلاثة أقوال:

أحدها: عصبته الذكور يحجب القريب البعيد.

والثاني: ورثته حينئذ من رجل أو امرأة.

والثالث: العصبة من كل (.) لو كان من النساء رجلا كان عاصبا كالبنت والأخت والأم ويحجب الأقرب الأبعد، وعلىٰ هذا يكون للأنثىٰ مثل ما للذكر سواء، فإن قلنا يرجع فهي عمرىٰ وهي هبة فلابد من القبول والقبض، وإن قلنا يبقىٰ حبسا فلا يحتاج إلىٰ قبول لأنها قد تعينت بتحبيس فيرجع إلىٰ المسألة، فسواء قلنا عمرىٰ أو حبس فلا تجوز لأنها في الحقيقة هبة ثواب (.) خطرٌ، لأنه لا يعلم من يموت قبل صاحبه فيبطل قَوْلهما وتبقىٰ الدار علىٰ حالها، وكذلك في مسألة العبد يبقىٰ علىٰ ما كان ويبطل قَوْلهما، إلا أن العتق يصح فمن مات منهما

---

(١) التهذيب (٤/٣١٣).

خرج نصيب الثاني حرا من ثلثه لأنه عتق بعد موته.

قَوْله: (من رأس المال)[1]. لأنه علقه بموت غيره وجائز أن يموت ذلك الغير قبله، فكما لو قال العبد أنت حر بعد شهر ولا خلاف أنه من رأس المال وإن أمكن أن يموت السَّيِّد قبل ذلك لأن شائبة العتق قد تحققت إذ لابد من وقوع الشرط بخلاف قَوْله: أنت حر إن دخلت الدار، لأن الشرط ممكن ألا يقع.

قَوْله: (**وكذلك لو كان ذلك في العبد بين الرجلين**)[1]. أي قال: كل واحد يصير [حرا][2] بعد موت صاحبي.

قَوْله: (**ومن استعار**)[3]. قد تقدم أن العارية الانتفاع بمنافع العين مع بقائها، ولا يتأتىٰ ذلك في الدنانير لأنها لا ينتفع بها إلا مع ذهاب أعيانها فلا تجوز عاريتها إلا في صورة؛ وهي أن يغيرها الصيرفي ليتجمل بها إلا أنه لابد أن يقعد معه مخافة أن ينتفع بها فيكون سلفا جر نفعا وهل يجوز ذلك؟ قالوا: هو مكروه لأن فيه تغرير بالناس أن هذا الصيرفي ذو مال فقد يتوصل بذلك إلىٰ أخذ أموال الناس.

قَوْله: (**حبس علىٰ رجل مائة دينار**)[3]. معناه أسلفه إياها لينتفع بها مدة وتكون في ضمانه فإن كان ذلك بعد موته ففي ثلثه.

قَوْله: (**حبست دنانير بيده**)[4]. وصية وصت بها لها وإن حملها الثلث وقفت إلىٰ أن تحج البيت أو تيأس، فإن يئست من الحج أو النفاس صارت ميراثا.

قَوْله: (**وليس للابنة أن تتعجلها**)[5]. قيل إلا أن يصيبها مخمصة لأنه إنما

---

(١) التهذيب (٤/٣١٣).

(٢) في المتن «حر»، والصواب ما أثبته.

(٣) التهذيب (٤/٣١٤).

(٤) ليس في التهذيب [بيده] (٤/٣١٤).

(٥) التهذيب (٤/٣١٤).

أرادت الوَصِيَّة بذلك للرفق بها وإحياؤها آكد من كل ذلك.

قَوْله: (فإن شهدوا أنهم لا يعلمون)(١). لا يمكن أن (.) على القطع لأنه كذب ورأى مَالِك من المصلحة إذا استحقت الدابة أن يدفعها لمستحق منه ويضع قيمتها [٢٣١/ب] (.) بذلك ضمن، باعها منه ببلد آخر ليأخذ ثمنه منه، لأنه إن قضى دونها لم يصدق فيجعل القاضي في عنق الدابة عودا فيه خاتمه ويوجه معه شاهدين يشهدان على عين الدابة والطابع أنها استحقت. وقال ابن عبد الحكم: لا يمكن من ذلك لأنه لا يجوز التحكيم على أحد في إخراج ملك عن يده.

قَوْله: (وإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمون)(٢). أي فيكفي شهادتهم بأنها للمستحق، وحلف هو على البت أنها ما خرجت عن ملكه بوجه.

قَوْله: (كانت زورا)(٣). لكن لا يفسقون بذلك لأنهم يعذرون بالجهل، ولأن الشاهد إنما يفسق إذا قطع بشهادته حق الغير.

قَوْله: (فليس لمستحقها أن يضمنه قيمتها)(٣). لأنه تصرف بإذن ولا يرجع على المعين إن لم يكن غاصبا، لأنه تصرف بما يجوز له ولكن على من باع منه إن كان أيضا غاصبا.

قَوْله: (يضمن ما هلك بانتفاعه)(٣). أي إذا استحق لأنه انتفع بتلفه والأول لم ينتفع بعين الدابة العاطبة.

قَوْله: (وليس للعبد أن يعير شيئا)(٣). لأن حق سيده متعلق به، فإن قيل

---

(١) التهذيب (٤/٣١٤).

(٢) يريد قَوْله «فإن شهدوا أن الدابة له ولم يقولوا: لا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق» التهذيب (٤/٣١٥).

(٣) التهذيب (٤/٣١٥).

إنه يملك وكما لا يجوز لأحد أن يأخذ من الصبي شيئا.

قَوْله: (فضرب به فانكسر)[1]. قيل أنه يقبل قَوْله مطلقا لأنه أمين وقال ابن القاسم: بشرط أن تقوم بينة أنه كان منه في القتال مخافة أن يكسره قبل. وقال سحنون: يشترط أن يثبت أنه كسره في فعل مأذون له مخافة أن يضرب به شجرا أو حجرا.

قَوْله: (ضمن)[1]. أي لمّا تعدىٰ بالمجاوزة المعروفة بين الناس صارت في ضمانه فلا يزول الضمان الذي ترتب في ذمته إلا برد المضمون سالما.

قَوْله: (فإن أقر الرسول بالكذب ضمنها)[2]. لأنه أقر بالتعدي وإلا ضمن المستعير، وقد تقدم أنه إذا أعار دابة فاختلفا في المسافة وادّعيَا ما يشبه أن المستعير يصدق، لأن الأصل براءة الذمة، فالفَرْق أن المستعير شاك يدعي عليه التحقيق ولا يدعي شيئا إلا غلبة الظن فلذلك لم يقبل قَوْله.

قَوْله: (لأنه خصم)[2]. أي فلا تقبل شهادته لأن ذلك فعله.

قَوْله: (فالقول قول ربها)[3]. لأن الراكب يدعي بقاء الضمان وقد ثبت بوضع اليد إلا أن تقوم قرينة تصدق قَوْله بأن يكون ربها لم تجر له عادة بإكراء دابته.



(١) التهذيب (٤/٣١٥).
(٢) المصدر نفسه (٤/٣١٦).
(٣) المصدر نفسه (٤/٣١٧).

كتاب
الوصايا الأول

قال ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ لَهُ مالٌ يُوصي بهِ يَبِيتُ لَيْلَتينِ إلَّا ووصيَّتُهُ مَكْتُوبةٌ عندَهُ»(١) ، أي يجب عليه ذلك لأن الحق يطلق بمعنى الواجب وهي على خمسة أضرب:

واجب: وذلك إذا كان للناس عليه حقوق دين ووديعة ، وهو مريض ، وعليه يحمل الحديث.

ومندوب: وذلك في الصحة ؛ لأن الغالب الحياة.

ومحظور: وذلك إذا قصد بها الإضرار بورثته ، وقال تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [النساء: ١٢].

ومكروه: إذا لم يقصد إضرارا ، بل القربة لكن قرابته الوارثون أولى للحديث: «إِنَّكَ أن تَذَر وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ خيرٌ لكَ مِن أَنْ تَذَرَهُمْ عَالةً يَتَكَفَّفُون النّاسَ»(٢).

---

(١) الحديث رواه مَالِك في الموطأ ، كتاب الوَصِيَّة ، باب الأمر بالوَصِيَّة. والبخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده. ومسلم في أول كتاب الوَصِيَّة عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) من حديث سعد بن أبي وقاص ، أنه قال: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي ، فقلت: يا رسول الله ، بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، فأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا قلت: فبشطره؟ قال: لا ثم قال: الثلث ، والثلث كثير أو كبير ، إنك أن تذر ورثتك أغنياء ، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ، وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها حتى ما تجعل في امرأتك قال: فقلت: يا رسول الله ، أخلف بعد أصحابي؟=

ومباح: إذا كان ماله كثيرا ولم يقصد إضرارا.

قَوْله: (بطلت وصيته)[1]. أي صار لا وصية له؛ لأن العبد الذي وصى بعتقه كأنه لم يملكه.

قَوْله: (فلا حق له في مال الميت)[1]. لأنه إنما وصى له بمعين وقد فات.

قَوْله: (لا يقوم على ميت)[1]. أي لو أوصى بعتق نصف عبد فمات فلا يكمل عليه الباقي بخلاف الحي ولا يقوم ميت أي لو مات العبد الذي أعتق نصفه قبل التقويم.

قَوْله: (بعتق عشرة من خمسين)[2]. لم يعتق أحدا وليس أحدا أحق من الآخر، وإن اعتبرنا العدة وهي عشرة كما قال الميت، فربما خرج أقل من الخمسين وأكثر، فكان الاحتياط. والضابط أن يرجع إلى القيمة ويأخذ نسبة العشرة من الخمسين وذلك خمس، [٢٣٢/أ] ومن مات منهم كأنه لم يكن فيأخذ نسبة العشرة ممن بقي فإذا بقي ثلاثون قومنا كل واحد ثم أخذنا ثلث القيم وضربنا القرعة فمن خرج منهم عتق إلى أن يبقى ثلث القيم فقد يخرج للمعتق أقل من الثلث وأكثر.

قَوْله: (ولو هلكوا إلا عشرة عتقوا)[3]. لأن العدد الذي نص عليه الموصي تعين هنا وارث كالشركة بين العبيد والورثة.

= فقال: إنك إن تخلف، فتعمل عملا صالحا تبتغي به وجه الله، إلا ازددت به درجة ورفعة، فلعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون، اللهم أمض لأصحابي هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم، لكن البائس سعد بن خولة، يرثي له رسول الله ﷺ أن مات بمكة» رواه مَالِك في الموطأ، كتاب الوصايا، باب الوَصِيَّة في الثلث لا يتعدى، ورواه البخاري في الصحيح، كتاب المغازي، باب حجة الوداع.

(١) التهذيب (٤/٢٢٧).

(٢) في التهذيب «بعتق عشرة من عبيده ولم يعينهم وعدد عبيده خمسون» (٤/٢٢٧).

(٣) التهذيب (٤/٢٢٨).

قَوْله: (بالسهم)[1]. لأن عتق ثلث كل واحد إضرار بالورثة بتشقيص العبيد، وإذا امتنع ذلك وليس أحد العبدين أحق من الآخر فليس إلا القرعة، والأصل في هذا ـ وأنه يراعىٰ حق الورثة لا العبيد ـ أنه ﷺ كذلك فعل في مثل هذه المسألة[2].

قَوْله: (فإنما للموصىٰ له ثلث ما بقي)[3]. لا تبين أنه لا عبيدَ له سوىٰ هؤلاء، والوَصِيَّة جائزة قبل الموت محال اللزوم له إلا هؤلاء.

قَوْله: (بقي ثلثهم أو أقل)[3]. أي بعد الموت أو الاستحقاق.

قَوْله: (كان شريكا بثلثهم)[3]. أي إن اختار ألا يقسم مع الورثة.

قَوْله: (فللموصىٰ له ما بقي)[3]. لأنه جميع غنمه.

قَوْله: (يدخل فيه ما دخل)[3]. أي يعتبر عشر القيم كما تقدم.

قَوْله: (لم تكن بالشراء حرة)[4]. لأنه لم يوص بمعين ولم يقل: أي عبد اشتريتهم لي فهو حر فيكون حرا بالشراء، وفائدة ذلك أنه في هذا يكون بالشراء حكمه حكم الحر وإن مات بعد الشراء فقد وقعت الوَصِيَّة.

قَوْله: (أخرجت بالاجتهاد)[4]. أي ينظر الوصي أي عبد كان يليق بالموصىٰ علىٰ قدر ماله وغرضه.

قَوْله: (في آخر نجومه)[4]. لئلا يعجز فيعود رقيقا.

---

(١) التهذيب (٤/٢٢٨).

(٢) انظر تفصيل المسألة في الذخيرة (١١/١٧١ وما بعدها).

(٣) التهذيب (٤/٢٢٨).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٢٩).

قَوْله: (ردّ العتق)[1]. لأن الدين سابق.

قَوْله: (ولا يضمن الوصي)[2]. وكذلك لو مات بعد العتق العبد ولو علم في الموضعين بالدين ضمن للغرماء في موت العبد وبطل العتق.

قَوْله: (اشتروا عبد فلان لفلان)[2]. الأصل في هذا أن من وكل شخصا ليشتري له سلعة بعدد بعينه ولم ينص على عدم الزيادة فاشتراها الوكيل بزيادة دينار ونحوه فإن ذلك يلزم الموكل؛ لأنه حصل له غرضه، وذلك الزائد في العرف كلا زيادة.

وهنا لما كان غرض الميت أن يملك هذا العبد لفلان، فقد وصى بثمنه وما يسهل شراءه عليه، ثم لا يخلو بائعه أن يبيعه بمثل ثمنه أو يمتنع؛ فإن باعه بذلك فإما أن يعلم بالوَصِيَّة أو لا فليس له شيء، وإن أبى من البيع فإما ظنا به لأنه عنده ممن لا يباع؛ لأنه يريد عتقه أو تدبيره، أو مات فتبطل الوَصِيَّة؛ لأنها إنما كانت على تقدير أنه مما يباع، وإن كان امتناعه لطلب الزيادة فيلزم الورثة أن يزيدوه على الثمن مثل ثلث الثمن، وهو ما كان الميت وصى به لهذا المشتري له، لأن ذلك يسير بالنظر إلى ثمن العبد، فإن باعه بالثمن وثلثه فحسنٌ، وإلا رجع ذلك ميراثا وتوقف رجاء أن يبيعه بعد، وإن قال: بيعوه منه، فإن اشتراه بمثل ثمنه ولم يعلم بالوَصِيَّة فهل يرجع عليهم بثلث قيمة العبد أو لا؟ قولان:

فوجه الرجوع أنه يقول: لو كنت علمت لما اشتريت بالثمن، ووَجْهُ الثَّانِي أنه قد اشتراه بما يساوي، وحصل مقصود الميت من ملكه إياه، وإن أبى من شرائه إلا بأقل نقص ثلث ثمنه، لأن وصية البائع تتضمن تسهيل شرائه عليه فنقص عنه ما

---

(١) التهذيب (٤/٢٢٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٣٠).

هو يسير في العرف، وهو الثلث، وإن أبىٰ بعد ذلك وقف رجاء أن يشتريه بثلثي الثمن فإن أبىٰ خير الورثة بين بيعه منه بأقل من ثلثي الثمن أو يعطوه ثلث العبد؛ لأنه لما وصىٰ له بما يقتضي ثلث الثمن نزلنا المثمن منزلة الثمن كما نزل منزلته في حديث النهي عن ثمن الشحوم لليهود(١)، وفيمن حلف ألا يأكل شيئا فأكل ثمنه.

قَوْله: (وإن لم يذكر الميت أن يزاد أو ينقص)(٢). أي تضمنه قَوْله أو إن لم يصرح به.

[٢٣٢/ب] **قَوْله:** (أما الموصَىٰ أن يُشترىٰ فيعتق)(٢). هذه أول المسائل الخمس التي ذكر.

قَوْله: (فليستأنىٰ بثمنه)(٢). أي يتلوم قليلا ثم يرجع ميراثا وذلك أن الوَصِيَّة بالزيادة في الثمن إنما كانت لسيد العبد علىٰ تقدير بيعه لا للعبد وقول ابن وهب أنه يوقف الثمن أمدا حتىٰ يقع البأس من عتق العبد بموته أو عتق سيده له ويرجع حينئذ ميراثا.

قَوْله: (دفع له ثمنه وزيادة ثلث ثمنه إلىٰ الموصىٰ له)(٣). لأن الميت لما أوصىٰ بأن يشتري له تضمن ذلك أنه أوصىٰ له بثمنه وثلث ثمنه، لأنه قد يمتنع البائع فيزداد ذلك القدر والثمن يقوم مقام الثمن.

قَوْله: (ضنا منه بالعبد)(٤). أي قال لا أبيعه البتة فتبطل الوَصِيَّة لأنها إنما

---

(١) الحديث رواه مَالِك في الموطأ، كتاب الجامع، باب جامع الطعام والشراب، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ولفظه عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله اليهود، حرم الله عليهم الشحوم، فباعوها وأكلوا أثمانها».

(٢) التهذيب (٤/٢٣٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٣١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٣٢).

كانت علىٰ أنه يباع.

قَوْله: **(لم يقدم الورثة أكثر من زيادة ثلث الثمن)**[١]. ويكون ذلك مع الثمن الذي يؤخذ من المشتري له موقوفا أبدا حتىٰ يقع البأس فيرجع ميراثا ولا يكون للموصىٰ له بالشراء لأنه إنما أوصىٰ له برقبة لا بمال.

قَوْله: **(فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو بأقل من ثلثي الثمن أو يقطعوا له بثلث العبد بتلا)**[٢]. لأنه لما وصىٰ له بقدر ثلث ثمنه وتعذر الشراء نزل ثلث الرقبة منزلة ثلث ثمنها فكان له.

قَوْله: **(أو يعتقوا ثلث العبد)**[٣]. لأنه في المعنىٰ أوصىٰ له بثلث ثمنه فيعتق ثلثه فليس عليهم غير ذلك أي غير أن يحيطوا ثلث الثمن فإن أبىٰ فلا شيء للعبد، لأنه لم تكن الوَصِيَّة للعبد بشيء منه بل بأن يشريه من أحب.

قَوْله: **(وهذا مما لم يختلف فيه قول مَالِك)**[٣]. لأن العتق قد تشوف الشرع إليه وغرض الميت كان عتقه.

قَوْله: **(فلا قول له)**[٣]. أي لا يقال أن الوَصِيَّة من شرطها القبول، لأن هذا حق لله تعالىٰ وإن كان للعبد أيضا، وقد تشوف الشرع إلىٰ العتق فليس له أن يبقي نفسه في الرق.

قَوْله: **(من جواري الوطء)**[٤]. أي لا تقدر علىٰ الخدمة فيخاف أن تضيع بالعتق بخلاف الوخش، وقيل: لا يلتفت إلىٰ قَوْلها لأن العتق حق لله.

---

(١) في التهذيب «لم يلزم الورثة» (٤/٢٣٢).

(٢) في التهذيب «فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يقطع له بثلث العبد بتلا» (٤/٢٣٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٣٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٣٤).




قَوْله: (إن كان للميت مال)[1]. يتعلق بوضيعة ثلث الثمن.

قَوْله: (وقد بينا هذا الأصل)[2]. في كتاب العتق.

قَوْله: (ومن اشترىٰ ابنه في مرضه جاز إن حمله الثلث)[3]. هذه مشكلة؛ لأنه إذا توقف شراؤه علىٰ مبلغ الثلث الذي يعلم إلا بعد الموت فالعتق يقع إذ ذاك فلا يرث لأنه حال موت الأب عبد، وأيضا فإنه يجوز للرجل استلحاق الولد في المرض (.) أن يكون من رأس ماله، فوجه ذلك أن شراءه له تبرع منه لا يجب عليه شراؤه والتبرعات في المرض من الثلث، وليس كالاستلحاق لأنه يجب عليه بخلاف شراء ابنه إخراج مال عن الورثة في ثمنه بخلاف الاستلحاق، وإذا اشتراه فالعتق يكون بنفس الشراء فيموت وهو حر، وقيل: لا يعتق إلا بعد الموت فلا يرث شيئا وقيل: يشتريه من رأس ماله لأن الأب يستلحق ولده فيحجب الورثة، وإذا قلنا إنه من الثلث فلو لم يحمل الثلث عتق ولم يرث لأن المعتق (.) كالعبد في جميع أموره.

قَوْله: (وإن أعتق مع ذلك عبده)[4]. فهذه وصية أخرىٰ فيقوم الابن لأنه بالشراء يعتق، وهذا العبد إنما يعتق بعد الموت وإن حملها الثلث عتقا معا.

قَوْله: (أوصىٰ أن يُشترىٰ أبوه بعد موته)[4]. هذا يكون حرا بعد الموت بنفس الشراء لأنه اشترىٰ لابنه والميت له الحكم في (.) فكأنه ملك فعتق عليه.

قَوْله: (إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا فأنت حر)[4]. هذه وصية علىٰ

---

(١) التهذيب (٤/٢٣٤).

(٢) لم أقف عليه في نسخ التهذيب.

(٣) التهذيب (٤/٢٣٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٣٥).

المَذْهَب يجوز له تغييرها، وقال أَشْهَب: هو تدبير من كناياته فلا يجوز له تغييرها، وأما إذا قال: أنت حر بعد موتي، فأراد التدبير كان تدبيرا من كناياته، أو الوَصِيَّة فهو وصية، وإن لم ينو شيئا [٢٣٣/أ] كان وصية لأن الأصل الوَصِيَّة.

قَوْله: (فذلك باطل)[١]. لأنه إنما وقف صحته على المرض والسفر المعينين وقد ارتفعا فزالت الوَصِيَّة.

قَوْله: (إلا أن يكون كتب بذلك كتابا)[١]. يعني أن بقاء الكتاب عند الرجل دليل بقي على غرضه من الوَصِيَّة، وأما إذا أخذ الكتاب من الرجل فهذه قرينة تدل على تغيرها، وإن وجد الكتاب بعد ذلك في صندوقه؛ لأنه لما أخذها من الرجل دل على إبطالها، كما لو كتب وصيته في كتاب ووُجِد بعد موته في صندوقه لم يعمل به؛ لأنه [كثير][٢] ما يكتب الإنسان بشيء ويبدوا له ولا يقطع الورقة.

قَوْله: (وإن شهد عليها)[٣]. أي بتصحيحها؛ لأن أخذه الكتاب من الرجل قرينة تدل على الإبطال إلا أن يجعلها على يدي رجل آخر.

قَوْله: (متى حدث بي حادث الموت)[٤]. هذا لفظ مطلق لم يقيده بمرض ما ولا سفر ما، فيعمل به أبدا.

قَوْله: (إذا شهدت عليه بينة)[٤]. بذلك الكتاب.

قَوْله: (وإنما اختلف الناس في السفر والمرض)[٤]. أي ذلك وصية، وهو المَذْهَب كما تقدم، أو هو تدبير لاقتران السفر والمرض ويكون من كناياته.

---

(١) التهذيب (٤/٢٣٥).

(٢) كذا، ولعل الصواب: كثيراً

(٣) التهذيب (٤/٢٣٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٣٦).

قَوْله: (فليقدم ذكر التشهد)[1]. أي يقال في كتابة الوَصِيَّة: أوصي، وهو يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله، وإنه أوصىٰ بنيه بما أوصىٰ به يعقوب.

قَوْله: (كيف هو)[1]. أي كيف لفظ التشهد في ذلك.

قَوْله: (وأشهدهم علىٰ ما فيها)[1]. هذا يعلمه الناس حتىٰ لا يطلع أحد علىٰ ما وصىٰ به، لكن إذا دفع الكتاب إلىٰ البينة وأشهدهم علىٰ ما فيه فهذه شهادة صحيحة.

قَوْله: (فإن عرفوا الكتاب)[1]. يعني أنه قد يكون الكتاب عند بعضهم.

قَوْله: (أن يغير وصيته)[2]. لأنها لا تلزم إلا بالموت.

قَوْله: (فكل مملوك لي مسلم)[2]. أي يوم الوَصِيَّة هذا الظاهر، وإن احتمل يوم الموت الأصل عدم العتق وبقاء المال للورثة.

قَوْله: (بعد موتي)[2]. يشهد علىٰ العتق علىٰ موته وعلىٰ خدمتِهِ الورثة شهرا، فبعد الخدمة ينفذ العتق لا بعد الموت؛ لأن الحر لا يستخدم.

قَوْله: (فإن لم يحمله الثلث)[2]. لأنه علق علىٰ أن يحمل الثلث كله، وإذا لم يوجد الشرط وغرض الميت العتق ولو علم أنهم لا يجيزون عتق ثلثه ولا يخلع له ثلث جميع التركة، لأن الشرط لم يوجد.

قَوْله: (اشهدوا أن فلانا وصيّي)[3]. هذه وصية مطلقة وتجوز عندنا خلافا للشافعي، ولو قال: فلان وكيلي، ولم يقيد، لم يجز اتفاقا؛ لاحتمال أن يريد في

---

(١) التهذيب (٤/٢٣٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٣٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٣٩).

كل شيء أو في شيء خاص.

والفَرْق أن الموكل تصح مراجعته فيما أراد، بخلاف الموصي لأنه بالموت تعذر مراجعته، مع أن قرينة المرض وانتظار الموت تدل على أنه أراد في كل شيء.

قَوْله: (بإذنهن)(١). لأن الجبر في البكر إنما هو للأب فقط.

قَوْله: (وأحب إلي ألا يزوج بناته)(١). لأنه لم ينصّ على ذلك، لكنه إن وقع ذلك قال مَالِك: رجوت أن يجوز، لأنه وصي في الجملة، وقد ائتمنه الأب على ماله. وقيل: لا يجوز؛ لأنه ليس بوصي على النكاح.

قَوْله: (حتى يقدم ثان)(٢). فإذا قدم ورضي، فلا كلام وإن لم يرض فهل يبطل أيضا الأوّل لأنه عياه بقدوم فلان، أو لا تبطل لأنه إنما أراد حتى يقدم ويجعل، وإلا بقي الأول على وصيته؟

قَوْله: (فأوصى إلى غيره)(٣). هذا جائز عندنا خلافا للشافعي، وكذلك الوصي المفوض يجوز أن يوكل عنه غيره، ولا يجوز عند الشَّافِعي التوكيل المفوض، ولو كان للموصي جنون ومحاجير يوصي شخصا كان وصيا على أولاده ومحاجيره معا.

قَوْله: (وأباه سحنون)(٣). لأن الميت إنما ارتضى لبنيه نظر اثنين أو ثلاثة، فلا [٢٣٣/ب] يستقل ذكر من دونهم فلا يجوز لأحد أن يوصي بعضهم.

قَوْله: (وللمرأة أن توصي في مالها)(٣). أي تنفيذ ثلثها، لا في مال ولدها الصغير؛ لأنه إن كان له أب فالنظر لأبيه، وإلا فالنظر إلى الحاكم أو وصيه.

---

(١) التهذيب (٤/٢٣٩).

(٢) في التهذيب «حتى يقدم فلان» (٤/٢٣٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٤٠).

قَوْله: (وإن كان يسيرا)[١]. هذا أحد الأبوين، ووجهه أن الأم ليست كالأب في ذلك.

قَوْله: (ولا تجوز وصية الجد)[٢]. إذا وهب لصغير أجنبي مالا لينفق عليه جاز له أن يوصي في ذلك المال لشخص حتىٰ لا يمكن منه أبا الصبيّ ولا غيره وجاز ذلك؛ لأنها هبة متوقفة علىٰ شرط أن ينظر فيها هذا الخاص.

قَوْله: (فلا رجوع له بعد موته)[١]. لأنه قد لزمه ذلك بالموت، ولأن الميت قد توثق بجهته، وإنما يجوز له الرجوع في حياة الموصىٰ؛ لأن الوَصِيَّة حينئذ جائزة. ويعني بالمسخوط من لا بصيرة له بالتصرف في المال.

ومن شرط الوصيّ العدالة، وأجاز ابن القاسم في قولٍ له في غير المدونة أن يوصي المسلم بولده لقريب له ذمي، بشرط أن يكون محمود السيرة في دينه[٣]، وليس العمل علىٰ قول ابن القاسم إذ لم يثبت في المدونة.

قَوْله: (فإن لم يكن في تركته خمر)[٤]. لأنه إن كان لزمه بيعها وحفظها للصغار، وكذلك إن كان عليهم جزية فإنه يؤخذ بها؛ لأنه الناظر لهم، فيدركه من ذلك ذل وصغار ولا يجوز له، فإن أمن ذلك كره بعد ذلك لأنه يتصرف للكفار.

قَوْله: (فليس لأحدهما بيع)[٤]. لأن الموصي إنما رضي بفعلها معا.

---

(١) التهذيب (٤/٢٤٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٤١).

(٣) قال ابن أبي زيد: «قال ابن حبيب قال أصبغ عن ابن القاسم: في وصية المسلم إلىٰ النصراني أو إلىٰ غير هذا أرىٰ أن يفسخ إلا أن يكون قريبه أو مولاه أو زوجته ومن يرجىٰ منه حسن النظر لولده من أقاربه أو ولاته فأرىٰ أن يجعل معه غيره، ويكون المال بيد المجعول معه ولا تفسخ وصية الآخر، وقاله مطرف، وبه أقول». النوادر والزيادات (١١/٢٨١)، انظر أيضا عقد الجواهر (٣/٢٣٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٤١).

قَوْله: (ولو اقتسَمَا الصِّبْيانَ)[1] . بأن يكون عند أحدهما بعضهم وعند الثاني بعضهم ، فلا يقتسمان المال ؛ لأن الموصي إنما قصد أن يجتمعا علىٰ النظر في كل جزء من المال .

قَوْله: (ولا يخاصم أحد الوصيين)[1]. لأنه كيف خصم .

قَوْله: (ومن أسند وصيته إلىٰ مكاتبه أو عبده جاز ذلك)[1]. لأن العبد قد يكون عدلا وإن لم تقبل شهادته ؛ لأن العدالة أعم . ألا ترىٰ أن خبر المرأة والعبد يقبل بخلاف الشهادة ؟

قَوْله: (إلا أن يضر ذلك بالأكابر)[1] . أي بيعه شقصا فيقضي علىٰ الأصاغر بالبيع وهذا للحاكم ، ولا بيعُ العبد حظهم في نفسه عليهم ؛ لأن الوَصِيَّة تبطل بيعه لحق السَّيِّد ، بل يتولىٰ ذلك الحاكمُ . ثم إن أذن له المشتري في التصرف لهم صح نظره لهم .

قَوْله: (لا يبيع الوصي عقار اليتيم)[1] . لصعوبة كسبه ، إلا لضرورة حاجتهم أو مصلحة عامة كزيادة سلطان يحاورهم في ثمنها زيادة كثيرة .

قَوْله: (ولا العبد الذي أحسن القيام بهم)[1]. أي رباهم ، ولا يشتري لنفسه ؛ لأنه يتهم أن يحابي نفسه ، وكذلك وكيله ومن (.) يتهم بالمحاباة .

قَوْله: (إن كان الورثة كبارا)[2] . يعني أن يكون وصيا علىٰ تنفيذ ثلث ونحوه .

قَوْله: (ولم يجزه غيره) . ينبغي إذا كان التأخير لنظر ، مثل أن يتوقع إن طلبه مالا أفلس ، جاز اتفاقا .

قَوْله: (فإنه يصدق) . لأن الميت قد وصىٰ به وبدونه .

---

(١) التهذيب (٤/٢٤٢).

(٢) هذا إلىٰ قوله: (إنما أوصىٰ بالثلث لابني) كله من التهذيب (٤/٢٤٣).

قَوْله: (أو وصية بثلثي). أي بالنظر فيه.

قَوْله: (إنما أوصىٰ بالثلث لابني). إن كان عدلا صدق، وإلا فقولان:

أحدهما: لا يصدق للتهمة.

والثاني: يصدق إذا أشبه أن يكون ابنه محتاجا ممن يوصىٰ له بذلك[١].

قَوْله: (قال غيره: إن لم يجدا بذلك نفعا)[٢]. ليس بخلاف، لأن الوارث إذا جر لنفسه نفعا فلا يقبل.

قَوْله: (علىٰ موت ميت)[٢]. أي وعلىٰ ورثته ووصيه، ما كان مالا محضا فلا خلاف في قبول النساء فيه، أو بدناً محضا فلا يقبل قَوْله اتفاقا، وما كان مشوبا بها فابن القاسم يجعله كالمال المحض، مثل أن يعتق عبده فيشهد رجل وامرأتان أن عليه دينا، فهذا مال أدىٰ إلىٰ حق بدن، وكذلك في هذه المسألة الموت حق بدن، وكذلك كون هذه المرأة زوجته، إلا أنّه يفضي إلىٰ مال. وأَشْهَب لا يقبلهن إلا في المال المحض، لا فيما شبهه.

قَوْله: (فإن تزوجت عزلت)[٣]. لأنه وصاها علىٰ شرط، وقيل: إنما يقول إذا اشتغلت [٢٣٤/أ] عن النظر لحقوق الزوج وإلا فلا؛ لأنه إنما شرط ذلك الموصي مخافة اشتغالها عن النظر وقد أمن ذلك.

قَوْله: (علىٰ أن لا تتزوج)[٣]. وقع في السليمانة[٤] قول أن هذا لا يجوز[٥]،

---

(١) انظر التهذيب (٤/٢٤٤)، الجامع لابن يونس (١٩/٧١٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٤٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٤٥).

(٤) نسبة إلىٰ القاضي أبي الربيع سليمان بن سالم القطان، سمع من سحنون، وولي قضاء صقلية، وانتشر مذهب مَالِك فيها به، (ت ٢٨١هـ)، انظر ترجمته في الديباج (١/٣٧٤)، الأعلام للزركلي (٣/١٢٥).

(٥) انظر التبصرة للخمي (٨/٥٧٩).

وذلك لما فيه من المحذور؛ لأنه اشترىٰ منها شيئا مجهولا لا يدري أتتزوج أم لا، وأيضا لأن التزويج لها مباح، فلا يصح بيع ما أباح لها الشرع وتحريمه، وأيضا فإن الثمن الذي تقبضه لا تدري هل يبقىٰ لها بأن لا تتزوج، أو تردّه بأن تتزوج.

فإن وقع ذلك ثم تزوجت؛ فإن كان العروض عينا ردّتْه أو مثلَهُ، وإن كان عرضا؛ فإن كان باقيا ردّت عينه، وإن تلف فلا يخلو أن يتلف ببيع أو غيره؛ فإن كان بغيره لزمتها قيمته، وإن كان ببيع ردّت ثمنه لا قيمته. كما أن الزوجة إذا باعت صداقها العرض ثم طلقت قبل الدخول؛ فيرجع عليها الزوج بنصف الثمن لا بنصف القيمة، وإنما كان ذلك لأنها مأذون لها في البيع والتصرف، بخلاف من لا إذن له في البيع فإنه يرد القيمة.

قَوْله: (ومن أوصىٰ بحمل امرأة)[1]. يجوز عندنا هبة المجهول، والهبة للمجهول، ويجوز أن يوصي لمن سيوجد في المستقبل، وإن لم تحمل به أمه، بل يقول: لمن تلد ابنتي من ولد إذا تزوجت، ويوقف المال إلىٰ أن تلد أو تيأس من الولادة.

قَوْله: (إلا أن يستهل)[1]. لأنه إن لم يستهل عدم، وإذا استهل فإن مات كان ذلك لورثته، وهذا إذا ولدته بعد موت الموصي حين تلزم الوَصِيَّة، أما لو ولدته في حياته واستهل ومات بطلت الوَصِيَّة.

قَوْله: (لم يصدق إلا ببينة)[1]. لقَوْله تعالىٰ: ﴿فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡ﴾، وقال ابن الماجشون هذا أمين بالنظر إليهم؛ لأن الشرع قد نزله بالوَصِيَّة منزلة الأب[2].

(١) التهذيب (٤/٢٤٥).

(٢) انظر الجامع لابن يونس (١٩/٧٢٨).




قَوْله: (وإلا غرم)[1]. يعني إن لم يطل الزمان بعد رشدهم ودفع المال لهم، كعشر سنين ونحوها فلا شيء لهم، لأن العرف يكذبهم.

قَوْله: (إن كانوا في حجره)[1]. أي يأكلون مع عياله؛ لأن الإشهاد على نفقتهم في هذا غير ممكن كالنفقة، بخلاف إذا كان لهم حاضن؛ لأنه يمكن إقامة البينة هنا على الحاضن.

قَوْله: (وإن شهد وارث بوصية لرجل حلف معه)[2]. كل ما عدا المال وإن أفضى إلى المال بدنٌ، أو في حكم البدن عند أَشْهَب، لا يقبل فيه شاهد ويمين ولا النساء، فإن نكل بقي، أو كان المقر غير عدل.

قَوْله: (وان لم يول على المقر)[2]. أي إن لم يكن سفيها، فلأنه لا يفيد إقراره، عدلا كان أو غيره؛ لأنه إنما حجر عليه احتياطا على ماله.

قَوْله: (فإن نكل أخذ من حصة المقر ما يصير عليه)[2]. وعلى قول سحنون: يتبعه بالوَصِيَّة كلها إن حملها سهمه؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الوَصِيَّة.

قَوْله: (فله نصيب المقر)[2]. يعني وإن كان جميع ميراثه بخلاف الدين؛ لأنه هنا قد أقر أن عين هذا الغير لمن أقر له، فلا يجوز له أن يأخذ منه شيئا.

قَوْله: (فما ولدت بعد موته)[2]. لأن الوَصِيَّة قد لزمت بموته، أما ما تلده في حياته فيكون له تغيير الوَصِيَّة، فإن لم يغيرها عتقوا كعتقها بعد الموت.

قَوْله: (كالأمة)[2]. أي لها بعد السَّيِّد المعتق إلى الأجل، وقبل الأجل حكمُهُ حكم العبد، وما بيده من مال يجوز لسيده أن ينزعه لأنه كالعبد، فإذا قرب

---

(١) التهذيب (٤/٢٤٥).

(٢) التهذيب (٤/٢٤٦).

الأجل فهل يجوز له ذلك؟ قولان:

قيل: ينزع؛ لأنه بعد كالعبد في أحكامه، وقيل: لا ينزع؛ لأنه يتهم أنه إنما انتزعه حتىٰ لا يبيعه في العتق.

وكذلك أم الولد لا يجوز أن ينزع مالها في مرضه، لأنه ينزعه لغيره وهم الورثة، وأما الورثة فليس لهم انتزاع مال العتق إلىٰ أجل [بخلاف][1] سيده.

قَوْله: (فإن جَنَت)[2]. اعلم أن جناية العبد القِنّ في رقبته، والمدبر، والمعتق إلىٰ أجل في خدمتِهِ؛ لأنه لم يبق منه للسيد [٢٣٤/ب] إلا ذلك فيخير الورثة هنا إما أن يفروا، وإما لهم من الخدمة بقيمة الجِنَايَة أو يسلموا الخدمة إلىٰ المجني عليه فيخدمه بقدر أرش الجِنَايَة، فإن انتصف قبل مضي السنة فحسَنٌ، وإن بقي من الجِنَايَة فقولان:

المَذْهَب أن الباقي يكون في ذمتها فيتبعها المجني عليه بذلك؛ لأنه كان الأصل أن تكون الجِنَايَة في رقبتها، لكن منع من ذلك شائبة العتق، فجعلت في الخدمة، ولما فرغت الخدمة بالحرية انتقلت إلىٰ الذمة.

وقيل: يخير المجني عليه ما بقي له؛ لأن الحر لا يستخدم، وإنما كانت الجِنَايَة في عين الخدمة وقد ذهبت.

قَوْله: (فعجل الوارث عتقها قبل الأجل)[3]. أي أسقط ماله من الخدمة فهل تعتق الآن قبل الأجل؛ لأن المانع من نفوذ العتق إنما كان الخدمة وقد زال، كما أنه لو أعتق المعسر عبده فرد الغرماء العتق ثم أجازوا بعد ذلك فقولان، المانع

(١) في المتن: بخلا، ولعل الصواب ما أثبته.
(٢) التهذيب (٤/٢٤٦).
(٣) المصدر نفسه (٤/٢٤٧).

قد زال وقيل: لا يعتق الآن إلىٰ الأجل مخافة أن تطرأ جناية عليها فتكون للوارث فيبقىٰ في الرق من أجل الأروش.

وعلىٰ الأول هذا نادر؛ أي وقوعُ الجِنَايَة عليها، وأخذ الأرش نادر ولم تجر عادةٌ بأن يراعىٰ مثل هذا ولا يعتد به.

قَوْله: (**ولا رجوع له**)[1]. أي لا يرجع بأرش ونحوه.

قَوْله: (**وهو وضع خدمة**)[1]. أي ليس بعتق، وإنما أعتقه الميت فلذلك يكون له الولاء.

قَوْله: (**فعتقها**)[1]. أي وضع خدمة؛ أي لا يقوم عليه حظ صاحبه من الرقبة ولا من الخدمة؛ لأنه لم يعتق نصيبه ولا أتلف عليه شيئا، ولأنه يبقىٰ العبد يخدمه بنصيبه من الخدمة.

قَوْله: (**من أوصىٰ لعبد بثلث ماله وحمله الثلث عتق جميعه**)[2]. لأنه لما ملك ثلثه قوم عليه باقيه، فكمل في باقي الثلث؛ لأنه إذا قدم باقيه علىٰ غيره بعتق بعضه، فأحرىٰ عليه نفسه.

وقيل: لا يكفل عتقه ثلثه فقط الذي ملكه، ويبقىٰ بيده سائر ثلث الميت كمالٍ بين شريكين لا يجوز لأحدهما انتزاعه إلا بتراضيهما، وهذا أولىٰ من الأول؛ لأن التكميل إنما يكون فيما يملك اختيارا، لا فيما يكون بالجبر؛ ألا ترىٰ أنه لو لم (.) لم يلتفت إليه ونفذت كما أن من ورث بعض من يعتق عليه لا يكمل عليه؛ لأنه ملكه جبرا.

---

(١) التهذيب (٤/٢٤٧).

(٢) في التهذيب «وقيمته الثلثُ» (٤/٢٤٧).

قَوْله: (استتم منه عتقه)[1]. وقيل: لا يتم من ذلك، وهو القياس؛ لأن مال المعتق بعضه كمال بين شريكين فلا يصح لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر، ولو أوصىٰ له ببعض ثلثه ولآخر بمال، ولم يحمل ذلك الثلث قسم بينهما، وقد ثبت أصلا أن العتق أبدا يعدم في الوصايا.

والفَرْق أنه لم يوص هنا بعتق، وإنما أوصىٰ لعبده بثلث ماله وتضمن ذلك العتق.

قَوْله: (جعل ذلك في رقبة العبد)[1]. أي إذا لم يحملها الثلث جمع له ذلك في رقبته.

قَوْله: (ولا يعتق فيما بيده من المال)[2]. هذا القول الثاني.

قَوْله: (وإن كان للعبد امرأة حرة)[2]. إن قبلت الوَصِيَّة انفسخ النكاح وملكت جزءا منه، وإن ردت بقي النكاح.

وأما الأولاد فإما أن يقبلوا فيملكوا جزءا منه ويقوم عليهم باقيهِ إن كان لهم مال، وإن لم يقبلوا لم يملكوا شيئا منه، ولم يكمل عليهم، وذلك أن من وهب له من يعتق عليه أو بعضه؛ فأما البعض إن لم يقبل الهبة فلا يلزمه شيء؛ لأن له عذرا بالتكميل، إلا أن يكون معسرا، وأما الكل فإن قبله عتق عليه، وإن لم يقبله فثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق ولا يلتفت إليه لأنه مضار، والثاني: لا يعتق لأن الهبة تتوقف علىٰ قبوله، والثالث بالتفصيل: لا يخلو أن يعلم الواهب أنه ممن يعتق عليه، أو لا؛ فإن لم يعلم بقي رقيقا، وإن علم عتق، وهل يكون الولاء للواهب أو

(١) التهذيب (٤/٢٤٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٤٨).

الموهوب؟ قولان:

وَجْه الأَوَّلِ أنه دخل علىٰ عتقه، ولا يكون الولاء [٢٣٥/أ] للموهوب لأنه لم يقبل، ووَجْهُ الثَّانِي: أنه قد رضي بأن الولاء له والعتق عنه، فلو كانت قيمة العبد ثمانية عشر، والمال أربعة وخمسون، والولد أربعة، صار للعبد سدس الكل من رقبته؛ فيعتق منه علىٰ القول بالتكميل. وعلىٰ القول الآخر: يعتق ما ملك من نفسه وهو ثلث سدسه، ويكون له ديناران شائعين في التركة؛ فإن كان بيده مالٌ فهل يقوم فيه سائره أم لا علىٰ القولين.

قَوْله: (لم يجز للورثة بيعه)(١). لأنه معيّن يتأخر قبضه مما يقبل التغبير، بخلاف الدور والأرضين، ولكن إذا تمت السّنة باعوه إن شاؤوا. ونفقته فيها ثلاثة أقوال:

قيل: علىٰ المخدم لأنه يستوفي منافعه، وقيل: علىٰ سيّده إن كان حيا أو من يملكه من بعده؛ لأنه مَالِك الرقبة، كالعبد المستأجر نفقته علىٰ سيده، ولأن الموصي قصد نفع هذا فقط، وقيل بالتفصيل بين أن تطول هذه الخدمة فتكون النفقة علىٰ المخدم، أو تقصر فتكون علىٰ المالِك.

قَوْله: (أوصىٰ له بخدمة عبده أو سكنىٰ داره)(١). أجاز الورثة (.)(٢) وإلا جعل قيمة الرقبة في الثلث، فإن حمل الثلث ذلك فلا كلام، وإن لم يحمله بأن يكون الثلث أكثر من الرقبة؛ فلنا قولان:

المَذْهَب: يخير الورثة في إجازة الوَصِيَّة، أو خلع الثلث من كل شيء.

وقيل: بل يخيرون بين الإجازة، وبين جعل جميع الثّلث في رقبة العبد

---

(١) التهذيب (٤/٢٤٨).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها [فبيّن] والله أعلم.

والدار، فيكون ذلك القدر للموصىٰ له بالخدمة أو السكنىٰ، وإنما قلنا ذلك لأنه ليس للموصي منع الورثة من التصرف في شيء من تركِته إلا في ثلثه، فجعل في ثلثه رقبة العبد والدّار حتىٰ يمكن معهم من التصرف في ذلك، فإن حمله الثلث صحت الوَصِيَّة ورجع بعد ذلك العبد والدار إلىٰ الميراث، وإن لم يحمله فقد علمنا أن غرض الميت إنما كان أن ينفع الموصىٰ له، وأنه لو علم أنّه [لم يجيزون][1] وصيته وصىٰ له بثلث ماله فيقطع له بالثلث إن لم يجيزوا، ولو أوصىٰ له برقبة شيء من تركته فعلىٰ ما تقدم مِن جعله في الثلث إن لم يجيزوا، فإن حمله فهو للموصىٰ له، وإن لم يحمله فالقولان المتقدمان، إلا أن المَذْهَب هنا أنه يقطع له بالثلث ويجمع له في رقبة ذلك الموصىٰ به لا شائعا في التركة.

والفَرْق أن غرض الميت هنا إنما كان تخصيص الموصىٰ له برقبة هذا، وفي المسألة الأولىٰ لم يكن غرضه إلا نفعه فقط، لا تخصيصه بالرقبة. وهذه المسألة من خلع الثلث مما يشنّع به الشَّافِعية علىٰ المَذْهَب لما فيها من المخالفة للوصية[2].

قَوْله: (وما ولدت الموصىٰ بعتقها قبل موت سيدها فهم رقيق)[3]. لأن الوَصِيَّة حينئذ جائزة ولم يجب لها بعد عتق، بخلاف ما تلِده بعد موت السَّيِّد.

قَوْله: (بغير قرعة)[3]. بخلاف قَوْله: فأحد عبيدي حرٌّ، كأنه أوصىٰ لهما معا، لأن ولدها جزء منها.

قَوْله: (وما ولدت المدبرة بعد التدبير)[3]. الفَرْق أن التدبير عقد لازم،

---

(١) كذا، ولعل الصواب: لم يجيزوا.

(٢) انظر مسألة خلع الثلث عند ابن عرفة في المختصر (١٠/٤٥٤)، التوضيح (٨/٥١٢)، منح الجليل (٩/٥٦٤).

(٣) التهذيب (٤/٢٤٩).

وكذلك المعتق إلىٰ أجل، فقد وجب لهم ما يتوصّلون به إلىٰ العتق، ولا يجوز له الرجوع فيه بخلاف الوَصِيَّة.

قَوْله: (عتقت وما في بطنها وبطلت العطية والوَصِيَّة)(١). لأن الوَصِيَّة إنما تلزم بعد الموت، ولا تحتاج إلىٰ قبض لأنها تلزم بالموت لزوما لا تحتاج معه إلىٰ قبض، ولأن الهبة لا تتم إلا بالقبض وقد طرأ العتق قبل القبض، وهبة المعدوم والوَصِيَّة به جائزة.

قَوْله: (بيعت وكان ما في بطنها لمن اشتراها)(١). هذا المَذْهَبُ، وقال ربيعة: بل يستثنىٰ؛ لأنّا بين محذورين: إما أن نستثني ما لا يجوز استثناؤه، أو نبيع الحرَّ، وبيع الحرّ أعظم، فأحسن القبيحين الاستثناء، لاسيما إذا قلنا إن المستثنىٰ مبقىٰ غير مبيعٍ(٢).

قَوْله: (كان قبض المحرم للعبد قبضا لنفسه)(٣). لأن القصد بالقبض في الهبة أن يزول عن تصرف الواهب وذلك حاصل وسواء كان بشرط [٢٣٥/ب] أن يقبضه أيضا الواهب أو لا.

قَوْله: (وقبضه المخدم في صحة السَّيِّد)(٤). إذا لم يقبض الموهوب الهبةَ حتىٰ مرض الواهب بطلت الهبة كالموت والفلس، وهذا المَذْهَبُ؛ لأنّ حكم المرض لا يدخل علىٰ الصحة، وقال أَشْهَب: لا يبطل بل يصير هبة في المرض فتكون في الثلث.

قَوْله: (خدم العبد ورثته للميت سنة)(٤). لأن مفهوم قَوْله أنه حر بعد سنة

(١) التهذيب (٤/٢٤٩).

(٢) لم أقف علىٰ قول ربيعة.

(٣) التهذيب (٤/٢٤٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٥٠).

لأنه لم يقل: «إن خدمته»، ولا «إن قبل فأنت حرٌّ».

قَوْله: (ولو وهبها للعبد)[١]. أي لو وهب ذلك الأجنبي للعبد خدمته عتق حينئذ لأن المانع من نفوذ العتق قد زال.

قَوْله: (وأجره السلطان)[١]. هذا تمليك للغائب من غير قبول منه لكن تُوقف الأجرة فإن قبلها كانت له وإلا رجعت ميراثا.

قَوْله: (إلا أن يكون الموصي قصد بذلك أن يكفل العبد المخدم أو يحضنه)[٢]. فهنا لا يؤاجر لكن ينتظر الغائب أو يخرج العبد إلىٰ مرضعه.

قَوْله: (خدم أولا)[٣]. لأنه بانقضاء السنة يخرج حرا، والحر لا يستخدم ولا يتبع العبد؛ لأن الخدمة كانت في زمن معين وقد فات ولم يفرط.

قَوْله: (كمن أبق)[٤]. لأنه جنىٰ علىٰ سيده والعبد الجاني علىٰ سيده مثل أن يُتلف له دابة ونحوها لا شيء عليه بخلاف جانيه علىٰ أجنبي.

قَوْله: (فإنما يحسب من يوم موته)[٤]. لأن قرينة الوَصِيَّة تدلّ علىٰ الموت وإلا لم يكن قرينة، كان من رأس ماله ومن يوم.

قَوْله: (وقوفها لآخر بعد الخدمة)[٥]. في نفقتها ثلاثة أقوال: في زمن الخدمة الأولىٰ قبل علم المخدم؛ لأنه يستوفي المنافع، وقيل: علىٰ الذي تصير له الرقبة بعد كما تكون علىٰ السَّيِّد أو لمن (.) لأحد قبل.

---

(١) التهذيب (٤/٢٥٠).

(٢) كذا، وفي التهذيب «وإن كان الموصىٰ له غائباً ببلد ناء، أجره له السلطان وأُعتق للأجل، إلا إن كان أريد به وجه الكفالة والحضانة» (٤/٢٥٠).

(٣) في التهذيب «كان حراً خدم فيها أو لا» (٤/٢٥٠).

(٤) التهذيب (٤/٢٥٠).

(٥) في التهذيب «وبرقبتها لآخر بعد الخدمة» (٤/٢٥٠).

والفَرْق أن السَّيِّد تقدم له ملك الرقبة وهذا لم يتقدّم له ملك رقبتها. وقيل: إن طال زمن الخدمة فعلىٰ المخدم، وإن قصر فعلىٰ الذي تصير له الرقبة.

قَوْله: (فإذا ولدت في الخدمة)[1]. لأنَّ كل حق ثبت في الأم فولدها فيه بمنزلتها.

قَوْله: (وكذلك لو ولد العبد المخدم من أَمَته)[1]. تحرز من ولد زوجته لأنه تابع لأمه حرة كانت أو أمة.

قَوْله: (دخل بقية الورثة مع ذلك الوارث)[2]. هذه الوَصِيَّة لوارث فهي باطلة إلا إذا ما صححناها هنا من أجل العتق، فلو أبطلناها بطل العتق الموقوف عليها ولكن يشترك سائر الورثة في الوَصِيَّة إن لم يجيزوا.

قَوْله: (تجوز وصية المحجور). أما الصبي ففيه ثلاثة أقوال: قيل إذا كان ابن سبع لأنه وقت يؤمر بالصلاة، وقيل ابن عشر لأنه وقت يضرب علىٰ الصلاة، وقيل إذا تحقق تمييزه وذلك فيما بين السبع والعشر.

قَوْله: (والسفيه). هذا عاقل وإنما حجر عليه لئلا يفتقر وبالموت يزول المحذور ويرغب في الثواب في الآخرة.

قَوْله: (في حال إفاقته). لأنه عاقل حينئذ.

قَوْله: (إذ أصاب وجه الوَصِيَّة). تحرز من أن يخلّط في كلامه مثل أن يقول: أوصي به ليكثر مالي.

قَوْله: (لم يزد علىٰ قيمته)[3]. قد تقدم أنه إذا أوصىٰ بذلك الأجنبي بلّ له

---

(١) التهذيب (٤/٢٥٠).

(٢) هذا إلىٰ قوله: (إذ أصاب وجه الوَصِيَّة) كله من التهذيب (٤/٢٥١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٥٢).

ثلث الثمن إذا أبىٰ من بيعه والزيادة هنا وصية لوارث فإن أبىٰ من بيعه بمثل ثمنه بطلت الوَصِيَّة.

قَوْله(١): ويتهم أن يجعلا ذلك وليجة إلىٰ الوَصِيَّة للوارث، [فلا أمكن](٢) أن يكون من باب الإيلاج بطل لأنها بالانتزاع وصية لوارث.

قَوْله: (إلا بالتافه)(٣). لأن هذا تزول به تهمة نفع سيده.

قَوْله: (ولا وارث له غيره، جاز)(٣). لأن المحذور منتف فإذا جوزها الابن لم يجز له أن ينتزع ذلك من عنده؛ لأنه يؤدي إلىٰ إبطال وصية الأب لكنه يجوز أن يبيعه وأن ذلك ثمنه بسبب ماله، لأن هذا قد يعد من الوَصِيَّة فجاز فيكون هذا مالا بيد العبد لا يجوز لسيده انتزاعه.

قَوْله: (كان للعبد)(٣). ولو كان بالثلث صار قد ملك ثلثه، فهل يكمل علىٰ نفسه في بقية الثلث أو في مال سيده علىٰ ما تقدم أو لا يكمل؟

قَوْله: (وليس [٢٣٦/أ] **للوارث انتزاعه)**(٣). لأنّ ذلك يؤدي إلىٰ إبطال وصية أبيه.

قَوْله: (ويباع بماله)(٣). أي ولا يقال قد انتفع الوارث بذلك المال؛ لأنه إنما المقصود بيع العبد ومالُه تابع فلا يبطل ذلك الوَصِيَّة.

قَوْله: (ولمن اشتراه انتزاعه)(٣). لأنه لا محذور، ولأن هذا أجنبي من الموصي.

---

(١) قَوْله «ويتهم أن يجعلا ذلك وليجة إلىٰ الوَصِيَّة لوارث» ليس في التهذيب، والظاهر أنه شرحٌ لقول البراذعي: «ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه» انظر التهذيب (٤/٢٥٢).

(٢) كذا في المتن، ولعل الصواب [فلإِمكانِ].

(٣) التهذيب (٤/٢٥٢).

قَوْله: (جازت الوَصِيَّة في ماله دون الدية)[١]. لأن الوَصِيَّة إنما تكون فيما علم به الميت من أمواله، والدية هنا لم يعلم بها الميت فلا تدخل الوَصِيَّة في ذلك؛ لأنه يمكن لو علم الميت بالمال الزائد لم يوص به، والأصل بقاء ماله لورثته.

قَوْله: (فلا وصية له في مال ولا دية)[١]. لأنه تعجل الوَصِيَّة فيتهم أنه قتله ليأخذ الوَصِيَّة، فعومل بنقيض قصده قياسا علىٰ الوارث يقتل موروثه عمدا.

قَوْله: (دون الدية)[١]. لأنها تؤخذ من عاقلته بكمالها فليس له منها شيء.

قَوْله: (لم يرث من المال)[١]. لأنه تعجل ما أخره الله فعومل بنقيض قصده، ولا من الدية لأنها تؤخذ منه.

قَوْله: (وعلم به)[١]. أي ضربه خطأ وعلم الموصي ثم مات فهنا يأخذ من المال لأنها مال قد علم به الميت، وإن كانت عمدا فلا يأخذ من الدية؛ لأن الدية في العمد إنما تجب بعد الموت إذا قبلها الورثة فذلك مال لم يعلم به إلا ان يكون الميت هو الذي عفا عنه علىٰ مال معلوم فيموت من ذلك؛ لأن الميت قد أسقط حقه من القصاص.

قَوْله: (فالوَصِيَّة لورثة الموصي له علم بها أو لا)[٢]. لأنه من مات عن حق فلورثته، كما لو مات عن أخذ بالشُّفْعَة أو خيار في بيع أو رد بعيب، وقال الأبهري: ليس ذلك لورثته لأنه يمكن أن يقبلها الموصىٰ له لو علم بها وألا يقبلها، والأصل بقاء المال لربه وإذا قبل الموصىٰ له بعد مدة من موت الموصي، فهل يملك الوَصِيَّة من يوم القبول أو من يوم الموت؟ قولان: بُنِيَ عليهما فروع

---

(١) التهذيب (٤/٢٥٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٥٣).

كثيرة كالغلات، ولو كانت زوجه أمةً حاملا منه فهي من الوَصِيَّة فولدت قبل القبول فإن تلدْ من يوم الموت كانت أم ولد له، لأنه ملكها حاملا على المَذْهَب وإن ملك يوم القبول لم تكن له أم ولد.

قَوْله: (وإن أوصى له من هو وارث)[1]. فالوَصِيَّة باطلة لأنه لا وصية لوارث، وهي عندنا لحق آدمي فتتوقف على إجازته، وعند الشَّافِعِي لحق الله سبحانه فتبطل مطلقا.

قَوْله: (لأن تركه لها بعد العلم إجازة لها)[2]. لا خلاف في هذا.

أما إذا لم يعلم فالمَذْهَب أن الوَصِيَّة تبطل لأنه يمكن أنه إنما وصى له إذا لم يكن له وارث والأصل بقاء ماله لورثته، وقال أَشْهَب: يصح له لأنه لما أوصى له مع أن الوَصِيَّة لا تجوز له فأحرى إذا جازت.

قَوْله: (ومن أوصى لامرأة)[2]. هذه عكس التي قبلها.

قَوْله: (إلا أن يجيزه الورثة)[2]. لأنه حق لهم خلافا للشافعي.

قَوْله: (جاز إن ورثه ولد أو ولدُ ولدٍ)[2]. لأنه لا يتهم أن يحرم هؤلاء مع وجود الشُّفْعَة عليهم غالبا بخلاف غيرهم.

قَوْله: (لم يجز منه شيء عند مَالِك)[2]. هذا بخلاف الموصي بأكثر من ثلثه فليس للورثة إلا إبطال ما زاد على الثلث. والفَرْق أن الزوجة تقدر على إنشاء وصية أخرى بخلاف الميت ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أن الزوجة كالموصي سواء.

---

(١) يريد قَوْله «ومن أوصى لوارث، لم تجز وصيته وإن أوصى له ثم حدث من يحجبه» التهذيب (٤/٢٥٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٥٣).

قَوْله: (**فلا يدخل إلا فيما علم به الميت**)[1]. لأنه علىٰ ذلك نص، ويمكن أن لو علم بزائد عليه لم يوص فيه بشيء، وإذا احتمل فالأصل بقاؤه للورثة.

قَوْله: (**فإنه يدخل فيما علم به أو لم يعلم**)[1]. لأن المدبر في الصحة إنما وكله إلىٰ كسبه في جميع أموره ليخرج منه، بخلاف الوَصِيَّة وقد يخرج من الذي علم به لا غير؛ لأنه يخرج من الثلث فأشبهَ الوَصِيَّة، وكذلك المدبر [٢٣٦/ب] في المرض القولان، ويفارق الوَصِيَّة أيضاً بأنه لا يجوز الرجوع فيه.

قَوْله: (**هو من ناحية التعمير**)[1]. يعني الحبس علىٰ معين علىٰ المَذْهَب أنه يرجع ميراثا وأما علىٰ القول الثاني أنه لا يزال حبسا فلا يكمل به لأنه قد خرج عنه وكذلك الحبس علىٰ غير معين، وهو الذي عبر بالحبس البتل.

قَوْله: (**فلا يعتق منهم إلا من علمه منهم**)[2]. لأنه إنما علق العتق بمعلومين عنده.

قَوْله: (**والإجماع علىٰ ذلك**)[2]. احتج بالإجماع لأن ظاهر الآية تقديم الوَصِيَّة، ومن جهة المعنىٰ أنه بالدين لا مال له يوصي فيه ولا يورث عنه.

قَوْله: (**ويقدم المدبّر في الصحة علىٰ كل وصية**)[3]. لأنه لازم، ولأنه يخرج من المعلوم والمجهول.

قَوْله: (**وعلىٰ العتق الواجب**)[4]. وهو الذي في الكفارات؛ لأن العتق هنا غير معين، ولأنه يجوز له تبديله ويعدل إلىٰ خطة أخرىٰ.

---

(١) التهذيب (٤/٢٥٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٥٥).

(٣) في التهذيب «وأول ما يبدأ في الثلث المدبر» (٤/٢٥٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٥٥).




قَوْله: (وإذا اجتمع كفارتان وضاق الثلث)[1]. فقيل: يتحاصّان، وقيل: تقدم كفارة القتل وإن كانتا معا فالقِرَان، لأنها أضيق إذ فيها خصلتان وفي الظهار ثلاث، وإنما كانت الكفارة من الثلث مع وجوبها لأنه لا يجبر عليها بخلاف الزكاة تؤخذ منه كرها.

قَوْله: (بخلاف ما بتل في المرض)[2]. أي لا يرجع فيه كالتدبير إلا أن المدبر في الصحة قدم عليه، لأنه يخرج من المعلوم والمجهول، وإذا أفاق صار المبتل في المرض كأنه بتله في الصحة، فيخرج من رأس ماله، لأن المرض الذي تعقبه له حكم الصحة، وإنما يعني بالمرض يعقبه الموت، وإذا زال المرض فلا تفاضل بين المبتل والمدبر حينئذ، لأن المبتل صار من رأس المال.

وإذا اجتمع مهر المنكوحة في المرض مع المدبر في الصحة فثلاثة أقوال؛ قيل: يبدأ بالمدبر لأن نكاح المرض حرام والتدبير عبادة، وقيل بالمهر لأنه عوض وقيل: يتحاصان.

قَوْله: (مما فرط فيه من زكاة)[2]. الزكاة الواجبة ثلاثة أقسام أحدها يخرج من رأس المال وصىٰ بها أو لم يوصي، وهو ما وجب عليه في الحرث والماشية مما يقطع بأنه لم (.).

والثاني بخرج من ثلثه أن أوصىٰ به، وإلا فلا من رأس ماله ولا من ثلثه، وهو ما فرط فيه من الزكاة لأنه يتهم أن يكون أخرج ذلك قبل، وقال ابن شهاب: من رأس ماله إن أوصىٰ بها.

والثالث أن يقوم عليه مال عين فالظاهر أنه لم يتركه بعد، فإن أوصىٰ به فمن

---

(١) لم أقف عليها في التهذيب.
(٢) التهذيب (٤/٢٥٥).

رأس ماله وإلا لم يجبر الورثة على إخراجه، لإمكان أن يكون قد قدم زكاته بخلاف المدبر لا تهمة فيه وقال أَشْهَب: من رأس ماله، وأما زكاة الفطر فمؤخرة عن ذلك لأنها وجبت بالسنة، وقد اختلف العلماء في وجوبها، ولذلك لا ينبغي للوصي أن يخرجها عن المحاجر إلا بإذن الحاكم، ولو جحد وجوبها لم يكفر بخلاف من جحد وجوب الزكاة المالية.

قَوْله: (فإنها فارغة من رأس ماله)[1]. أي يفرغ منه وفي نسخة: خارجة[2].

قَوْله: (وإن كان ممن لا يجوز إقراره له رجع ميراثا)[3]. لأن الوَصِيَّة تكون في ثلث ما عداه، لأن المال إنما وصى في ثلث الباقي، ثم المبتل والمدبر في المرض معا، لأنهما لا يرجع فيهما، وقيل: يقوم المبتل لأنه أقوى إذ لو زال المرض كان من رأس ماله.

قَوْله: (ثم الموصى به للعتق بعينه)[3]. لأنه حق تعلق بمعين بخلاف غير العين.

قَوْله: (ثم المكاتب)[3]. لأنه عتق على شرط والمنجز أقوى.

قَوْله: (مع الحج معا)[3]. لاجتماعهما في التطوع، ووَجْهُ الثَّانِي أن العتق تشوف الشرع إليه ولأنه لا خلاف في الوَصِيَّة بالعتق، وفي الوَصِيَّة بالحج خلاف، وقد قيل: إنه مكروه لأنه لا يحج أحد عن أحد.

قَوْله: (في السبيل)[3]. إذا أطلق حمل على الجهاد إلا أن يكون عرف يخصصه بأمر آخر كما لو أطلق بمكة كان للحج، لأنه لا جهاد هناك، وإذا أطلق

(١) في التهذيب «فإنها خارجة» (٤/٢٥٥).

(٢) كلا الروايتين في التهذيب (٤/٢٥٦).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٥٦).

في [٢٣٧/أ] ثغر قوي حكم الجهاد.

قَوْله: (قسم بينهم بالاجتهاد)(١). لأن اللام كثرت في كلام العرب للاختصاص وهو بيان المصرف، ولا يحمل علىٰ الملك إلا بقرينة؛ لأن الاختصاص أعم، لأن كل ملك اختصاص، ولا ينعكس، فيحمل علىٰ الاختصاص. ولا يدل اللفظ علىٰ التساوي لأنه يستعمل مع ذلك ومع غيره فلا مخصص لأحدهما إلا بالقرائن ولا قرينة فيرجع إلىٰ الاجتهاد، ولولا الإجماع لم يدّل، قَوْله: «فهم شركاء»(٢) علىٰ التساوي.

قَوْله: ((.) بالعتق)(٣). لأن أصلنا أن العتق يقدم علىٰ سائر الوصايا، لأن الشرع تشوف إليه والعبد هو الثلث فلا يبقىٰ من الثلث إلا خدمته سنة فإن أجاز الورثة الوَصِيَّة أخذوا الخدمة وإلا أسلموها للموصىٰ له بالمائة.

قَوْله: (فهو لأهل الوصايا)(٤). لأن العبد مات رقيقا فلا بد له من ماله وقد خرج عن ملك الورثة لأنهم لا شيء لهم في الثلث، فإما أن يكون علىٰ ملك الموصىٰ له بماله له، أو علىٰ ملك الميت وهو مع ماله ثلثه فلا شيء للورثة فيه بوجه.

قَوْله: (وأن يحمل العبد الثلث بطلت الوَصِيَّة الأخرىٰ)(٥). إن لم يجز الورثة وعتق ثلث العبد بتلا. ووجهه أن الميت لو علم انهم لا يجيزون الوصايا

(١) التهذيب (٤/٢٥٦).

(٢) لم يرد في التهذيب عبارة «فهم شركاء»، ولعل الشارح اعتمدها في نسخة أخرىٰ (٤/٢٥٧).

(٣) ما بين المزدوجين غير واضح من المتن، وفي التهذيب قَوْله «ومن أوصىٰ بعتق عبده بموته بسنة ولفلان بثلثه أو بمائة دينار والعبد هو الثلث، بدئ بالعبد ولم يعتق إلا بعد سنة» (٤/٢٥٧).

(٤) التهذيب (٤/٢٥٧).

(٥) في التهذيب «وإن لم يحمل العبد الثلث خير الورثة في إجازة الوَصِيَّة أو العتق من العبد مبلغ الثلث بتلا، وتسقط جميع الوصايا» (٤/٢٥٧).

عتق ثلث العبد بتلا فيجبرون على ذلك. وقال أَشْهَب: ينبغي ألا يعتق ثلثه إلا بعد خدمته للموصى له ثلث سنة ولا تبطل الوَصِيَّة الأخرى بالجملة.

قَوْله: (فالمدبر مبدأ)[1]. لأن قَوْله «إن حدَثَ بي حدَثُ الموت فأنت حر»[2]، وصية على المَذْهَب، والمدبر آكد لأنه يجوز رجوع (.) الوَصِيَّة، وأصل أَشْهَب أنه إذا قال ذلك في المرض أو السفر فهو تدبير فيتحاصان على هذا لأنهما مدبران.

قَوْله: (ويحابي فيه)[3]. هذه وصية والعتق يقدم عليها.

قَوْله: (فإن عجل ميمونٌ المائة تحاصا)[3]. إما أن يتحاصا، أما إن لم يعجل شيئا فيبدأ مرزوق قولا واحدا، وإن عجل ذلك فقيل: يبدأ أيضا مرزوق نظرا إلى اللفظ وهو فيه مقدم وعتقه ناجز، وعتق الآخر على شرط الأداء وقيل: يتحاصان نظرا إلى أنه لما عجل ذلك صار عتقه ناجزا، فساوى الأول أوصى بعتقهما من غير شرط.

قَوْله: (أو يجعلوا فيه عتق بقية الثلث)[3]. هذا من خلع الثلث إلا أن المَذْهَب إذا لم يجيزوا الوَصِيَّة أن يجمعوا له ثلث التركة في رقبته؛ لأنه أوصى له برقبتها لا بمنفعة. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أن يكون له بقية ثلث جميع التركة شائعا.

قَوْله: (بدئ بالعتق)[4]. لأن الكتابة عتق على شرط.

قَوْله: (أن يتحاصا إن قرب الأجل). لأن ما قَرُبَ مِنَ الشَّيءِ فَلَهُ حُكْمُهُ،

---

(١) التهذيب (٤/٢٥٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٥٧ ـ ٢٥٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٥٨).

(٤) من هذا إلى قوله: (فلتنفذ وصيته) كله من التهذيب (٤/٢٥٩).

فكأنه أوصىٰ بعتقهما معا في وقت واحد، بخلاف الأجل البعيد فيبدا المعجل (.) تحاصا، لأن المال والحج كل واحد تطوع، وقيل: يبدأ المال لأن الإجماع علىٰ صحة الوَصِيَّة بالمال وفي الوَصِيَّة بالحج خلاف لقَوْله: ﴿وَأَن لَّيۡسَ لِلۡإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩]. وقد قيل: إنها تُكره.

قَوْله: (وكذلك أن أوصىٰ بمال وبعتق نسمة غير معينة). لأن تقديم العتق إنما يكون إذا كان في شخص معين، وقيل: يقدم العتق هنا وإن لم يكن معينا.

قَوْله: (تبدّىٰ الرقبة). أضعف الوَصِيَّة بالحج، وقد قيل: إنه مكروه.

قَوْله: (ولو من مكة). وإن لم يبلغ أعين به حاج.

قَوْله: (فلتنفذ وصيته). مراعاة لقول المخالف أنه يسقط عنه الفرض، والمَذْهَب أنه لا يسقط عنه فرضه وإنما يكون تطوعا وإن كان ضرورة.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ كمذهب الشَّافِعِي أنه يسقط فرضه.

قَوْله: (بدنانير في رقبة)[1]. أي يعان بها في عتق رقبة، لم يقدم هنا لأنه لا يكون الولاء لهذا الموصي.



(١) التهذيب (٤/٢٦٠).

كتَاب
الوصايا الثاني

(**فإن كان عبدا يتهمان في جرّ ولائه**)(١). مثل أن يكون له مال كثير فتسقط شهادتهما وتنفذ شهادة الأجنبيين، إلا أنه إن لم يكن وارث سوى الولدين [٢٣٧/ب] عتق العبد، لأنهما قد أقرا أنه حر فإن كان معهما وارث آخر لم يقبل قَوْلهما البتة؛ لأنهما يتهمان أن أرادا تشقيص العبد على سائر الورثة، وقال أَشْهَب: إذا أمضيت شهادة الأجنبيين كما تقدم صارت الوَصِيَّة التي شهدا بها كأنّ الميتَ لم يتركها ويعتق من العبد بقدر ثلث باقي التركة، وذلك ثلثاه؛ كما إذا أصابَ بعضَ التركة جائحةٌ بأمر من الله كموت بعض الحيوان؛ فإنه ينظر في الوَصِيَّة إلى ثلث ما بقي. وابن القاسم لا يرى ذلك بمنزلة جائحة لأن عينه باق بيد الموصى له.

وكذا اختلافهما في وارث أقر بدين على الميت؛ فعلى قول ابن القاسم يأخذ منه مِنَ الدّين ما ينوبه والوارث الآخر كأنّه غصبه سائر حقّه وليس بجائحة، لأنّ عينه باق، فالمَذْهَب هنا أضرّ {برب الدين ونفع الورثة، وفي المسألة المتقدمة أضر} بالورثة ونفع صاحب الوَصِيَّة، وقال أَشْهَب: هو كالجائحة في يد المقر كأنه جميع التركة فيأخذ منه الدين كله.

وكذا اختلافهم لو غصب من التركة بعضها، فهل المغصوب جائحة أو ليس بجائحة لأن عينه باق عند الغاصب؟ قولان، وقيل: تقدم شهادة الولدين في المسألة الأولى على الأجنبين، لأن التهمة بالولاء ضعيفة لأنه قد لا يموت العبد

(١) هذه ترجمة للمسألة من غير أن ينبه على ذلك، انظر التهذيب (٤/٢٦٣).

قبلهما، أو يموت لا عن مال أو عن وارث فيحجب السَّيِّد، ولأن في شهادة الأجنبين إضرار بالورثة لأنه يؤدي ـ إذا لم يجز الورثة الوَصِيَّة ـ إلى خلع الثلث وتشقيص جميع التركة عليهم.

قَوْله: (**وكذلك شهادتهما بذلك**)[1]. أي بالعتق ومعهما نساء من الورثة يتهمان أيضا في جرّ الولاء لأنه ليس للنساء منه شيء.

قَوْله: (**يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر**)[1]. إن حمله الثلث أو أجاز الورثة إن لم يحمله فلا كلام، وإن لم يجزوا بُدئ بالمعتق؛ لأن العتق المعين مقدم على سائر الوصايا فيعتق ثلث العبد بتلا.

ووجهه: أنّا نعلم قطعا أن الميت لو علم أنهم لا يجيزون الوَصِيَّة أوصى بعتق ثلث العبد.

وقال أَشْهَب: بل يتوقف عتق الثلث على خدمة السنة بثلثه للموصى له بالخدمة فيخدم الورثة يومين والمخدم يوما، وبعد السنة يعتق الثلث.

قَوْله: (**بخدمة عبده سنة أو سكنى داره سنة**)[2]. إن حمل الثلث أو أجازوا فلا كلام ويجعل في الثلث قيمة الرقاب على أصلنا، لأن الورثة لا يملكون التصرف فيها إلا بعد تمام السنة، وليس للموصي أن يمنعهم من التصرف في ذلك إلا في ثلثه.

قَوْله: (**خير الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت**)[2]. لأنا نعلم قطعا أنه لو علم أنهم لا يجيزون الوَصِيَّة أوصى له بثلثه كله شائعا في كل شيء، هذا المَذْهَبُ؛ لأن قصد الميت إنما كان نفع الموصى له.

---

(١) التهذيب (٤/٢٦٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٦٤).

وقيل: بل يجمع له الثلث في رقبة العبد.

قَوْله: (في تلك الأعيان)[1]. لأن غرض الميت إنما كان أن يملك رقبة ذلك لا منفعته، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ كالمتقدم.

قَوْله: (بخدمة عبده سنة أو حياته ثم هو لفلان)[2]. إن حمله الثلث أو أجاز [وأبديت][3] الخدمة، لأن العتق لا يقع إلا بعدها والمجعول في الثلث قيمة الرقبة فقط لأنها محتوية على الوصيتين وإن لم يحمل ولم يجزوا خيروا بين إجازة الوَصِيَّة أو خلع الثلث وهل يجمع في رقبة العبد أو يكون في جميع التركة القولان: فرع هنا على المَذْهَب أنه يجمع في الرقبة فما كان منها خدم الموصى له بالخدمة سنة أو حياته بذلك الجزء، فإذا انقضت السنة أو مات المخدم صار ذلك الجزء الموصى له بالرقبة.

وعلى القول الثاني: لا تسقط الوَصِيَّة هنا كما كان ذلك فيما تقدم، لأنه لا عتق هنا فيقدم الثاني يكون له ثلث جميع التركة، ومن ذلك بعض العبد فيخدم الموصى له بالخدمة بذلك الجزء وما يحصل له من باقي الثلث يشتري به عبدا كاملا أو بعضه، ويخدم أيضا الموصى له بالخدمة بجملته أو بذلك [٢٣٨/أ] الجزء إلى تمام المدة لأن هذا الزائد إنما أخذه في مقابلة العبد الموصى له لرقبته وللثاني لخدمته، فيقوم مقامه وبعد ذلك يتخلص للموصى له بالرقبة.

قَوْله: (قيمتهم سواء)[4]. مثل أن يكون كل واحد بخمسين، وعلى أصلنا يجعل في الثلث قيمة الموصى بخدمته بالثلث خمسون؛ وكأن قيمة الخدمة

---

(١) التهذيب (٤/٢٦٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٦٥).

(٣) كذا، وسياق المسألة يفيد أنها: [أو بدئت]، انظر التهذيب (٤/٢٦٥).

(٤) التهذيب (٤/٢٦٥).




خمسون أيضا فيصير للموصىٰ له بالرقبة نصف الثلث فيعطي ذلك في رقبة العبد الموصىٰ له به علىٰ المَذْهَب، لأن وصيته برقبته.

وعلىٰ القول الثاني: يأخذ نصف الثلث شائعا في جميع التركة، ويصير للموصىٰ له بالخدمة نصف الثلث أيضا يأخذه علىٰ المَذْهَب شائعا في التركة، وعلىٰ القول الثاني في رقبة العبد.

قَوْله: (علىٰ أقل العمرين)[1]. أي قد يكون المخدم شيخا كبيرا فيبقىٰ من عمره غالبا يسيرا وبالعكس فنحن إنما نعتبر في قيمة أقل العمرين ويقدر ذلك علىٰ الغرر، إذ يمكن أن يموت أحدهما لا بعينه قبل الآخر فيقال: كم يساوي خدمة العبد هذه المدة علىٰ الغرر.

قَوْله: (بمائة دينار، ولآخر بخدمة عبد حياته)[2]. ثم هو حر بالعتق بعد الوصيتين فإذا كان العبد هو الثلث (.)[3] أهل الوصيتين في خدمة العبد فيجريهما علىٰ قدر ذلك فمتىٰ هلك الموصىٰ له بالخدمة خرج العبد حرا وسقط عنه الخدمة لصاحب المائة لنفاذ أجَلها وسقطت الوصايا لأن العتق مبدء عليها.

قَوْله: (ولا يضرب معه صاحب الرقبة وصاحب الخدمة إلا بقيمة الرقبة فقط). لأن الرقبة مشتملة علىٰ وصيتهما.

قَوْله: (بُدئ فيه بالمخدم). لأن مصيره إليه موقوف علىٰ تمام الخدمة فيخدمه بقدر ذلك الجزء.

قَوْله: (رجع ما كان من العبد في الخدمة لصاحب الرقبة). لأنه ملكه، ولو

---

(١) التهذيب (٤/٢٦٥).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (ولا يعمر المخدم في هذه) كله من التهذيب (٤/٢٦٦).

(٣) كلمة غير واضحة، لعلها [تحاص].

مات الموصىٰ له بالرقبة قبل لم يخدم ورثته وبقي علىٰ خدمته إلىٰ أن يموت الموصىٰ له بالخدمة فيكون لورثة الأول.

قَوْله: (كان به شريكا في جميع التركة). لأن وصيته مال.

قَوْله: (ولا يعمر المخدم في هذه). لأنه لا يحاص بالخدمة غيره كما كان ذلك في المسألتين المتقدمتين بل الرقبة تشتمل علىٰ الوصيتين بالرقبة والخدمة وهما وصية واحدة فلا محاصة.

قَوْله: (ولم يقل: حياته)[(١)]. لأن الظاهر عند الإطلاق ذلك فعليه يحمل.

قَوْله: (ولم يقل: من بعده)[(١)]. أي لم يقل: إن هذه الوَصِيَّة متأخرة عن الوَصِيَّة الأولىٰ، والظاهر أنهما معا فلذلك حمل المَذْهَب ذلك علىٰ أنهما يتحاصان في الرقبة.

قَوْله: (علىٰ غررها)[(١)]. يعني ما تقدم من موت أحدهما قبل الآخر بالنظر إلىٰ أقصرهما عمرا كما تقدم، وجعل ذلك أَشْهَب وصية واحدة يقدم الخدمة علىٰ وصية الرقبة فلا محاصة لأن الرقبة مشتملة علىٰ الوصيتين.

قَوْله: (إذا لم يكن العبد من عبيد الحضانة والكفالة)[(٢)]. مثل الشيخ والزَّمِن الضعيف فيعلم بهذه القرينة أن الموصي إنما أراد (.) الميت في حياته بخدمته هذا وكفالته فلا يكون للورثة من ذلك شيء.

قَوْله: (خدمة عبدي)[(٣)]. لما أضاف الخدمة إليه فهم من ذلك أنه يريد حياة العبد لا حياة المخدم، وقال أَشْهَب: لو أوصىٰ له بخدمة العبد حياة العبد لكان

---

(١) التهذيب (٤/٢٦٧).

(٢) في التهذيب «إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة» (٤/٢٦٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٦٧).

ذلك تمليكا للعبد إياه؛ لأنه لا فائدة في العبد سوى الخدمة حياته وإذا لم يكن ذلك فيحمل على أنه أراد حياة المخدم.

ووَجْهُ المَذْهَب أنه لو صرح بحياة العبد لم يلزم منه التمليك للرقبة (.)[1] يبقى فيه لسيده حق الأروش الطارئة عليه والجنايات.

قَوْله: (يخرج كل يوم إلى غير أمد)[2]. هذه وصية بمجهول، والمجهول ضربان: إلى غاية معلومة كقَوْله: نفقة فلان حياته. وإلى غير غاية كما للمسجد، وفيه قولان:

أحدهما: أنه من رأس المال فيبقى إلى إجازة الورثة فإن أجازوا كان المال كله في ذلك.

[٢٣٨/ب] والثاني: من الثلث وإذا كان مع ذلك وصايا ولم (.)[3] الورثة وضاق الثلث ضرب للمجهول على القول الأول بالمال كله، وعلى الثاني يضرب له بالثلث.

قَوْله: (بسكنى داره لرجلٍ)[4]. هذا فيه ـ إذا لم يجيزوا ـ القولان: إذا كان له مال سواها أن يخلعوا الثلث من كل شيء، أو يجعلوا ذلك له في الدار، فإذا لم يكنله مال سواها كان الخلع لثلثها فقط؛ لأن الميت لو علم أنهم لا يجيزون وصيته أوصى له بثلثها.

قَوْله: (أوصى أن يؤاجر أرضه منه سنين مسماة، بثمن معلوم)[5]. إن كانت

---

(١) سقط مقدار كلمة بسبب الخرم، لعلها [أو].

(٢) التهذيب (٤/٢٦٩).

(٣) بتر بقدر كلمة لعلها: «يجز».

(٤) التهذيب (٤/٢٦٩).

(٥) المصدر نفسه (٤/٢٧٠).

قيمة الأرض الثلث فما دون فلا كلام للورثة، وإن كانت أكثر من الثلث فلهم المنع؛ لأنه يمنعهم من التصرف في رقبتها هذه المدة، وليس له منعهم من ذلك إلا في ثلثه، وإذا كان الثلث لا يحمل القيمة خير الورثة بين أن يؤاجروها منه السنتينَ بالثمن المعلوم الذي (.) الميت أو يقطعوا بثلث الميت بتلا من غير ثمن.

ووجهه: أنّا نعلم أن الميت لو علم أنهم لا ينجزون الوَصِيَّة أوصىٰ له بثلث ماله.

قَوْله: (ولا تخرج الوصايا مما حضر)[1]. أي وثلث الحاضر والغائب أكثر من الوصايا ولو كان أقل لم يكن الحكم كما قال؛ فإن شاء الورثة أن يدفعوها من الحاضر ويكون لهم جميع الغائب مع ما يبقىٰ من الحاضر أو يدفعوا لهم ثلث الجميع يتحاصون فيه.

قَوْله: (ولكل واحد ثلث ما بيده بلا حصاص)[2]. لأنه عيّن لكل واحد ما له.

قَوْله: (نظر كم قيمة الأربعين)[3]. أي ليضرب كل واحد بمال حاضر في الثلث وتصح النسبة.

قَوْله: (إلا في خصلة واحدة)[4]. هذا كلام غير جيد بل الخلاف في خلع الثلث في الباب كله علىٰ القولين سواء أوصىٰ بعين أو بمنافع.

قَوْله: (فإن العبد يوقف لاجتماع المال)[1]. وقال أَشْهَب يعتق الآن منه

---

(١) التهذيب (٤/٢٧٠).

(٢) في التهذيب «ثلث مائته» (٤/٢٧٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٧٠).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٧١).

بقدر الثلث الحاضر، ولا يؤخر واعترض عليه بأنه إما أن يتصرف الورثة في نفقة المال الحاضر فيؤدي إلىٰ تصرفهم في المال قبل خروج الوَصِيَّة، وإن لم يتصرفوا فقد منعوا من حقهم.

قَوْله: (إلا أن يضر ذلك)[1]. هذا بالاتفاق لمكان الطول.

قَوْله: (وما أدركت الناس إلا علىٰ هذا)[2]. لا خلاف في هذا، وفي الدعاوي ثلاثة أقوال: إذا ادعىٰ أحد شخصين جميع ذلك.

والثاني: نصفها أحدها يقسم علىٰ ثلاثة والباقي علىٰ أربعة لأن مدعي النصف سلم النصف الآخر وإنما التداعي في النصف فيقسم نصفين.

والثالث: لأَشْهَب يقسم علىٰ اثنين نظرا إلىٰ أن أيديهما عليهما وإذا كانت اليدين بنصفين (.) إلىٰ الدعوىٰ لأن من ادعىٰ فيما بيد شخص فلا يلتفت.

قَوْله: (فهلك العبد)[2]. تبطل الوَصِيَّة فيه لأنها معينة.

قَوْله: (أخذوه في ذلك)[2]. لأنه أوصىٰ لهم بأشياء معينة فوجب أن يأخذوا ما صار لهم بالمحاصة في تلك الأشياء محافظة علىٰ الوفاء {بمقصوده} بقدر الممكن، ومن ملك المعين الذي أوصىٰ له به بطلت الوَصِيَّة.

قَوْله: (بسُبُع ما بَقِي)[3]. لأن ثلثه {يقسم} علىٰ ثلاثة فيطلب عدد الثلاثة ثلث صحيح وذلك تسعة، فيقسم ثلثها؛ لصاحب العبد منه اثنان فيأخذ من العبد ثلاثة لأنه الثلث، وتسقط هذه الاثنين من التسعة فتبقىٰ سبعة؛ للورثة ستة ولصاحب السدس واحد سبع باقي التركة بعد إخراج وصية الأول.

(١) التهذيب (٤/٢٧١).
(٢) المصدر نفسه (٤/٢٧٢).
(٣) المصدر نفسه (٤/٢٧٣).




قَوْله: (بخمسين بقية التركة)[1]. لأن ثلاثة تقسم على اثنين فتطلب أقل عدد لثلثه نصف وذلك ستة للموصىٰ له بالعبد (٠) واحد وهو سدس التركة فيأخذ العبد لأنه السّدس وأوصىٰ له به ويبقىٰ من المسألة خمسة لصاحب الوَصِيَّة الثانية الخمس من باقي التركة بعد العبد.

قَوْله: (وعاد حظ الوارث موروثا)[2]. لأن الوَصِيَّة للوارث باطلة إلا أن [يجيزوا][3] الورثة.

قَوْله: (لم يحاص الأجنبي)[4]. لأن وصية الوارث [٢٣٩/أ] باطلة إلا أن يجيز[5] الورثة.

قَوْله: (لم يحاص الأجنبي)[6]. لأن وصية الوارث باطلة فلا وصية له، ويحيص الأجنبي بما يحمل الثلث من وصيته.

قَوْله: (فإنّ وليّه)[7]. أي الناظر في ثلثه من وصي أو وارث.

قَوْله: (فإنهم يغزون فيه بالحصص)[8]. أي لا يختص بعضهم بذلك اذا كانوا كلهم ممن يغزوا لأنهم أحق بوصية أبيهم من الأجانب.

قَوْله: (إنما أجزت ذلك رجاء أن يعطوني الوَصِيَّة)[9]. هذا لا يلتفت لأن

---

(١) في التهذيب «بخمسٍ بقية التركة» (٤/٢٧٣).
(٢) التهذيب (٤/٢٧٤).
(٣) كذا في المتن.
(٤) التهذيب (٤/٢٧٤).
(٥) في المتن يجيزوا، وما أثبتناه أصح.
(٦) تكررت هذه الترجمة في المتن.
(٧) التهذيب (٤/٢٧٤).
(٨) في التهذيب «يغزون به بالحصص» (٤/٢٧٤).
(٩) المصدر نفسه (٤/٢٧٤).

الإجازة قد لزمته وهو أجنبي من الميت فيرجع الأمر إلىٰ الحاكم فإن رآه أهلا لذلك خصه به وإلا نظر من هو أولىٰ.

قَوْله: (ويحج عنه من قد حج {أحب إلي)[1]. أي يكره أن يحج عند من قد حج} ابتداء؛ هذا مراعاة لقول المخالف أنه يسقط فرضه فإن وقع صح، ولا دليل في قَوْله عليه السلام: «حج عن نفسك ثم عن شبرمة»[2] علىٰ أنه ينقلب إليه، لأن قَوْله: حُجَّ، معناه: أنشئ حجا عن نفسك، ولم يقل: اجعل هذا عن نفسك، فيبقىٰ علىٰ ما أحرم به لأن الإحرام لازم، ويكون قَوْله: «ثم حج عن شبرمة» معناه: إذا أردت أن تحج عنه ثانيا أو عن غيره.

قَوْله: (وتحج المرأة عن الرجل)[3]. لأنها من أهل هذا الفرض.

قَوْله: (ولا يجوز أن يحج عنه صبي)[4]. لأنه ليس من أهله فلم يثبت عن غيره كما أن المرأة لما لم تعقد النكاح بنفسها لم يجز عقدها لغيرها، فأما الوصي إذا دفع الأجرة لصبي فيضمن قولا واحدا، علم أو لم يعلم؛ لأن حال الصبي لا يخفىٰ بخلاف العبد قد يخفىٰ كونه مملوكا، فإن لم يعلم بهذا اجتهد ولا يلزمه سوىٰ الاجتهاد. وقيل: لا يزول الضمان لأن الخطأ في أموال الناس كالعمد، ولأن الغالب أن العبد لا يَخفَىٰ أمرُه، فهو مفرط.

قَوْله: (فذلك نافذ)[4]. لأنه يعلم أنه لم يرد إلا التطوع.

قَوْله: (والولد لولده)[4]. لم يفصل في هذا كما فصل في الوصي لأن الأب

---

(١) التهذيب (٤/٢٧٥).

(٢) الحديث رواه الطبراني في الكبير، باب العين، حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس، رقم ١٢٤١٩. ورواه أبو داود في السنن كتاب المناسك، باب الرجل يحج عن غيره.

(٣) التهذيب (٤/٢٧٥).

(٤) في التهذيب «ولا يجزئ» (٤/٢٧٥).




أشفق على الابن من الوصي فلا يجوز إذنه فيما يشق.

قَوْله: (لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا)(١). لأن في ذلك تعريضا لإتلاف ماله في الجزاء والفدية لأن ذلك يكون عليه لا على الموصي.

قَوْله: (وقف المال إلى بلوغه)(١). لأن ذلك إلى غاية معلومة بخلاف عتق العبد ليس له غاية معلومة.

قَوْله: (يرجع ميراثا)(١). لأن الوَصِيَّة للصبي قد امتنع منها، وقال الغير: بل الوَصِيَّة للميت لما في حج التطوع من الثواب فيرجع لمن يحج عنه.

قَوْله: (فليحج عنه غيره)(١). لأنه إنما قصد إسقاط الفرض عن نفسه وليس كالتطوع وهذا بناء على مذهب المخالف أنه يسقط به الفرض.

قَوْله: (كمن أوصى لمسكين بعينه)(١). الفَرْق أن الوَصِيَّة والمنفعة هنا للمسكين والحج عن الميت وله.

قَوْله: (في غير عتق واجب)(١). أي لو كان واجبا اشترى غيره.

قَوْله: (أعطى من الثلث قدر ما يحج به)(٢). لأن ظاهر اللفظ أن الحج للموصى له.

قَوْله: (إلا أن يحج به)(٢). لأن الموصي إنما أعطاه ذلك على أن يحج به.

قَوْله: (ولم يزد الوارث)(٢). لأن الزيادة وصية ولا تجوز للوارث، بخلاف الأجنبي إذا لم يوصي بعدد زيد عليه وكانت الزيادة وصية.

(١) التهذيب (٤/٢٧٦).
(٢) المصدر نفسه (٤/٢٧٧).

قَوْله: (فإن نزل أمضاه)[1]. مراعاةً للخلاف.

قَوْله: (كرسول لهم)[1]. لو تلف المال لم يلزمه الحج بخلاف الأجير يلزمه الحج تلف ما أخذ أو بقي لأنه صار في ذمته وإن لم يكفه زاد من عنده.

قَوْله: (بدينارٍ من غلّة دارهِ كل سنة)[2]. هذا يقتضي أنه يعطي ذلك من كل غلة للدار، فإن تعطلت الدار أعطىٰ من الغلة المتقدمة إلىٰ تمامها، ثم إن أكريت وقد فاته شيء مما تقدم أخذه من هذا الكراء وله أن يوقف [ذلك][3] الغلة علىٰ يد أمين مخافة أن تعطل الدار، بخلاف قَوْله: من غلة كل سنة دينارا فهذا إنما له من غلة كل سنة دينارٌ فما فاته من السنين لم يجد له بغلّة سنين أخر، فهذه الوَصِيَّة إنما تصح إذا حمل الثلث قيمة الدار لأنه يمنعه [٢٣٩/ب] بها من أن يبيعوها، وذلك إنما يكون في ثلث الميت، أما إن لم يحمل الثلث قيمة الرقبة فيخير الورثة في الإجازة أو يقطعوا بثلث الميت من كل شيء؛ لأنه أوصىٰ له بمنفعة فإن أوصىٰ بذلك له، وله علم أنه أراد الحبس وإخراج الرقبة فيقطع ثلث الميت في رقبة الدار.

قَوْله: (بغلّة داره أوجنانه للمساكين)[4]. لابد أن يحمل الثلث قيمتها وإلا كانت مسألة خلع الثلث، والأصل فيه عمل السلف وإلا فلا قياس له.

قَوْله: (جاز أن يشتري ذلك منك)[4]. هذا في الحقيقة ليس بيعا وإنما هو تخليص للرقبة فقط ولذلك جاز لورثته وإن كان مجهولا وجاز في التمرة قبل وجودها وبطعام نقدا أو إلىٰ أجل.

---

(١) التهذيب (٤/٢٧٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٧٨).

(٣) كذا في المتن.

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٧٩).




قَوْله: (كما يجوز للمعطي)[١]. أي ورثته نزلوا منزلته كما نزل من اشترى من المعري منزلته، وقال فيمن أوصى لأُمّه بسكنى داره حياتها فمات وعليه ديون وأرادت الأم أن تشتري حظها من المرجع في الدار وتخلص ذلك قال: لا يجوز لها، فقيل قولان في كل مسألة بالنقل والتخريج.

وقيل: بل الفَرْق أن الأم هنا لم يجز لها ليست وارثة مع الدين إذ لا ميراث حتى يُقضى، ففارق المسألة الأولى، وهذا الذي قلنا على أحد القولين في أن من حبس على شخص حياته فإنه يرجع بعده إلى أصلها المحبس.

قَوْله: (ولم يختلف الرواة في سكنى الدار)[١]. أي في جواز شراء الورثة لذلك.

قَوْله: (ولو صالحوا من الخدمة على مال)[١]. أراد أن يبين أن هذا ليس ببيع وإنما هو تخليص الرقبة فقط ولذلك لم يرجعوا عليك عند موت العبد في حياتك ولو كان بيعا للخدمة حياتك لرجعوا عليك بذلك كما أنه إذا استأجر عبدا لمدة فمات قبلها فيرد من الأجرة بحساب ذلك.

قَوْله: (ولا يجوز لك أن تبيع هذه الخدمة من أجنبي)[١]. لأنه لا ضرورة هنا إلى ذلك وهو مجهول.

قَوْله: (كسنَةٍ)[١]. لأن هذا معلوم بخلاف العمر.

قَوْله: (وأمد مأمون)[١]. تحرّزٌ من خمسين سنة لأن التغير يسرع إلى الحيوان ويهرم وتضعف قوته.

قَوْله: (ولم أر من فعله)[١]. يعني أنه كثير لكن الغالب السلامة.

---

(١) التهذيب (٤/٢٧٩).

قَوْله: (وهذا خلاف المخدم حياته)[١]. أي الفَرْق بين الإجارة لمدة وبين إجاره المخدم حياة زيد بيّنٌ ؛ لأنه هنا إن مات المخدم سقطت الخدمة فلا يعلم هل يستمر ذلك أو لا ؟ وفي المخدم سنين معلومة يبقىٰ وإن مات المخدم ويخدم الورثة أو المستأجر ؛ لأنها علقت بأمر معلوم ، وإن مات العبد يرجع المستأجر بقدر ذلك الأمر علىٰ الورثة .

قَوْله: (وعلم أنه أراد ناحية الحضانة)[٢]. فهذه قرينة مخصصة بالموصىٰ له وأنه إنما ملك أن ينفع بذلك لا نفس الخدمة ، فلا يبيعها .

قَوْله: (إلا أن يكون من عبيد الخدمة)[٢]. فهذه قرينة تدل علىٰ أنه ملكه خدمته .

قَوْله: (وهو موسر)[٢]. إن كان معسرا فلم يبلغ النكاح بعد فيخدمه .

قَوْله: (أو بعتقها)[٢]. أي أوصىٰ بعتقها .

قَوْله: (والثلث يحمل الخيار)[٣]. أي لا يقال أن ذلك للموصىٰ له لأن الثلث يحمله ، بل ذلك كله للورثة لأن الوَصِيَّة إنما تلزم بالموت لا قبله .

قَوْله: (إذا أبرت النخل)[٤]. كما أنه إذا باع ذلك فهو للبائع إلا أن ينسيه المبتاع فكذلك إذا أبر قبل الموت يكون من جملة التركة ، وبعد الموت للموصىٰ له . وهل يقوم مع الرقاب فإن حمل ذلك الثلث كان الجميع له (.)[٥] أو بعضها

(١) التهذيب (٤/٢٧٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٨٠).

(٣) في التهذيب «يحمل الجنان» (٤/٢٨٠).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٨٠).

(٥) كلمة غير واضحة في المتن.

فإما أجازوا ذلك أو قطعوا بالثلث في الأصول، والتمرة تكون شريكا في الجميع بذلك، وهو بناء على أن الوَصِيَّة في التمرة مع الأصول أو هي تبع للأصول فلا تقوم، بل تقوم الرقاب خاصة، فإن حملها الثلث كانت له مع الثمرة وإلا قطعوا له بالثلث في الرقبة، وله من الثمرة بقدر ذلك بناء على أن [٢٤٠/أ] الوَصِيَّة لم تقع في ذلك.

وأما ولد الأمة والعبد من أمته فإن كان الحمل والولادة في حياة الموصي فذلك الولد لم تقع فيه وصية، وإن كان ما بعده فللموصى له.

وإن كان الحمل قبل الموتِ والولادةُ بعده ففي الأمة يكون حكم الولد حكمها في الوَصِيَّة؛ لأنه ليس بغلة فيقوم معها في الثلث قولا واحدا، فإن حملها الثلث كانا له وإلا كان شريكا فيها للورثة بقدر ذلك.

وأما في العبد فلا وصية في الولد لأنه بنفس الحمل صار ولده للموصي، وقد انفصل عنه حينئذ فلا يتبعه في الوَصِيَّة.

وأما مال العبد فضربان: خراجٌ وغيره، وكل واحد منهما مثلُه في الحكم، فماله إن أوصى بعتقه تبِعه، وإن أوصى به لشخص؛ فهل يتبعه ماله فيكون للموصى له كالعتق لأنه انتقل ملك بغير عوض، أو لا يتبعه بل يبقى للورثة لأنه كالبيع في مجرد انتقالِ الملك إلى الغير؟

فإن قلنا: إنه للورثة أخذوهُ، وإن قلنا: للموصى له؛ فهل يقوم معه في الثلث على أن الوَصِيَّة أيضا فيه لأنه صفة من صفاته يزداد بها ثمنه، فإن حمله الثلث كان له ذلك وإن لم يحمل كان شريكا للورثة فيها، أو لا يقوم مع الرقبة فيه لأنه تابع غير مقصود، فإن حمله الثلث كان له مع ماله وإلا كان له بعضُهُ ومن المالِ ما قابَلَهُ وكان أنّه بيدِهِ كمالٍ بين شريكين.

وأما الخراج؛ فإن كان في حياة السَّيِّد فهو للسيد بخلاف المال، بدليل أن دينه ونفقة زوجته تكون في ماله لا في خراجه، وإن كان بعده فالقول فيه كالقول في ماله على ما تقدم.

قَوْله: (وليس لهم أن يتجروا فيه بعد موته)(١). لأن الإذن قد انقطع بالموت.

قَوْله: (فهذه فوائد لهم)(١). لأنه كالعتق ولو أفاق السَّيِّد كان من رأس المال فماله له.

قَوْله: (واستحداث الدين في المرض يرد ما بتل من العتق فيه)(٢). لأنه إنما يخرج بعد الموت ومن الثلث فالدين مقدم عليه ولو صح السَّيِّد لم يضره ذلك الدين لأن العتق مقدم عليه حينئذ، لأن حكم المريض يصح كمن لم يمرض.

قَوْله: (خلا أرش ما جنى عليهم)(٣). لأن هذا للسيد لا للعبد.

قَوْله: (وكذلك المبتل {في المرض})(٣). لأن حكمه الآن كالعبد.

قَوْله: (ولا ينزع ممن فيه حرية)(٤). لأنه صار كمالٍ بين شريكين، بخلاف العبد بين شريكين يجوز انتزاع ماله اذا اتفقا على ذلك.

قَوْله: (فإن ردها وارثي بعد موتي)(٥). فهي وصية في ثلثي الوَصِيَّة هي الثانية لأنه نسخ بها الأولى.

---

(١) التهذيب (٤/٢٨١).

(٢) في التهذيب «واستحداث الميت للدين»، صححها الزرويلي كما أثبتها الشارح، انظر التعليق رقم ٣ في التهذيب (٤/٢٨١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٨٢).

(٤) في التهذيب «ممن جرت فيه حرية» (٤/٢٨٢).

(٥) المصدر نفسه (٤/٢٨٣).

قَوْله: (لم يجز)[1]. لأنه لم يقصد بذلك القربة وإنما فعل ممنوعا من الوَصِيَّة لوارث ثم خاف ألا [يجيزوا][2] الورثة فقصد إضرارهم بالوَصِيَّة الثانية فلم يجز لقَوْله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [النساء: ١٢].

قَوْله: (إلا أن يشاء ورثتي أن ينفذوا ذلك لابنتي)[3]. جاز هذا لأنه قصد به القربة أولا ثم خير ورثته في إنفاذ ذلك أو نقله إلى ابنته ولم يقصد ضررا بهم، وقال أَشْهَب: تبطل أيضا لأنه لم يخلص بفعله القربة.

قَوْله: (فله أن يضرب مع أهل الوصايا بالأكثر)[4]. يحتمل أن يكون الثلث أقل أو أكثر، وإذا أوصى له بشيئين من نوع واحد في وقتين فإن تساويا فله أحدهما؛ لم يذكر الشيخ خلافا فيه لاحتماله النسخ، والأصل بقاء ماله للورثة.

وحُكي بعد فيه قولا ثانيا: أنه يأخذ المجموع؛ فإن اختلف مثل أن يوصي له بعشرة ثم بعشرين؛ فالمَذْهَب أن له الأكثر لأنه إن تقدم الأقل احتمل الثاني أن يكون ناسخا للأول، واحتمل أن يكون زائدا عليه والأصل خلافه {وأن يبقى ماله للورثة فيتحقق الثاني، وإن تقدم الأكثر احتمل أيضا النسخ والأصل خلافه} والزيادة، ويعارضه أن الأصل بقاء ماله لورثته فكان له الأكثر.

وقال علي بن زياد: إن تقدم الأقل فكما قال ابن القاسم، وإن تقدم له الأكثر فله المجموع لأنه يقوي [٢٤٠/ب] احتمال أنه (.)[5] الوَصِيَّة الأولى فزاده، مع أن اللفظ يقوي الزيادة فترجح ذلك الاحتمال.

---

(١) التهذيب (٤/٢٨٣).

(٢) كذا في المتن، والأفصح [يجيز].

(٣) في التهذيب «لابني» (٤/٢٨٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٨٣).

(٥) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها [استثقل].

وقال ابن الماجشون: إن كانت الوصيتان في كتابين فله الأكثر تقدم أو تأخر كقول ابن القاسم، وإن كانا في كتاب واحد؛ فإن تقدم الأقل فله الأكثر كما قال ابن القاسم، وإن تقدم الأكثر فله المجموع كقول علي بن زياد.

قَوْله: (**فله خمسها بالسهم وقع له أقل من عشرين أو أكثر**)[1]. هذا كما لو أوصى له بعشرة من (٠) وهي مائة كان له عشرها بالقيمة كانت عشرة أو أكثر أو أقل فكذلك الأرض تختلف أبعاضها بالنظر إلى البدن.

قَوْله: (**أخذ النصف من كل ناحية بالسهم**)[2]. لأنها تختلف باختلاف المواضع فلا يجوز قسمتها بالسهم مجموعة.

قَوْله: (**وإن تناقضتا**)[3]. مثل أن يوصي بعبده لشخص ثم يوصي بعتقه أو بالعكس، فالثانية رجوع عن الأولى إذ لا يمكن الجمع.

قَوْله: (**فهو بينهما**)[3]. لأنه يحتمل النسخ والأصل خلافه وليس أحدهما أولى فيقتسمان ولو قال: الذي أوصيت به لفلان هو لفلان كان نصا على النسخ.

قَوْله: (**فالآخرة تنقض الأولى**)[4]. إذ لا يشترك في العتق أي لا يشترك الوصايا معه ويلزم أن يجمع بينهما بأن يعتق نصف العبد ويرق النصف الباقي للموصي، لأنه أوصى بالرقبة للأجنبي وأوصى بها أيضا للعبد وقال أَشْهَب: يقدم العتق سواء قدم الوَصِيَّة به أو أخرها لأن العتق يقدم في الوصايا على غيره ولا يسوي بينهما.

---

(١) التهذيب (٤/٢٨٣).

(٢) في التهذيب «من كل دار» (٤/٢٨٤).

(٣) التهذيب (٤/٢٨٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٨٥).

قَوْله: (فإن كانوا ثلاثة فله الثلث)(١). وروىٰ ابن أبي أويس عنه قولا ثانيا كأبي حنيفة: له الربع اعتبار بالمماثلة بعد القسمة ولو كان بنوه رجالا ونساء فله اسم واحد من عددهم وليس في هذا الخلاف المتقدم بل قيل (.) بالرجل وبالمرأة من البنين وغيرهم لأنه لما اختلفت الأنصباء فعل ذلك، وكذلك إن كان مع البنين غيرهم كزوج وأب يؤخذ اسم واحد من عددهم لا غير.

قَوْله: (فذلك جائز)(١). لأنها وصية لغير وارث إلا أن يضروا ورثته فتبطل الوَصِيَّة لهم.

واعلم أن الموصَىٰ لهم علىٰ ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكونوا مُعينين مضبوطين من كل جهة مثل أن يقول: هؤلاء، فهذا النوع يكون ما يجب لكل واحد منهم لورثته اتفاقا ويسوّىٰ بينهم.

والثاني: عكسه لا يتعينون إلا بالنسبة {لشخص} لا غير ولا ينضبطون كقَوْله: لبني تميم أو لقريشٍ أو للمساكين، فهؤلاء يصح أن يفصل بعضهم علىٰ بعض بالنظر إلىٰ شدة الحاجة وقلتها، وألا يعطي إلا لمن حضر وقت القسم، ولا يلتفت إلىٰ من مات منهم ولو بعد موت الموصي، ولا يورث ذلك عنه لأنه لم يكن تعين، ولو اعتبر التعيين في ذلك لأدىٰ إلىٰ ألا تنفد الوَصِيَّة أبدا.

القسم الثالث: منضبطون وإن لم يكونوا معينين من كل جهة، كقَوْله لأخوالي أو بني أخوالي، ففي هذا النوع قولان؛ أحدهما أن حكمه كالنوع الأول، وقيل كالثاني لأنه أخذ شبيها منهما.

قَوْله: (فذلك لمن حضر القسم)(١). هذا أحد القولين.

---

(١) التهذيب (٤/٢٨٥).




قَوْله: (لهؤلاء النفر)[1]. هذا هو النوع الأول.

قَوْله: (لولد فلان)[1]. هؤلاء غير معينين وهو القسم الذي فيه القولان.

قَوْله: (سكنىٰ داره)[1]. هذه قرينة تدل علىٰ عدم التعين لأنه أوصىٰ بشيء يتكرر في أوقات بخلاف الوَصِيَّة بشيء ناجز في الحال.

قَوْله: (ولكني أراها بينهم بالسوية)[1]. أي لا قرينة هنا دلت علىٰ عدم التعين فاختار أن يسوي بينهم، فهذا القول الثاني أنهم كالقسم الأول المعينين المضبوطين.

قَوْله: (وهذه المسألة أحسن من التي قبلها)[2]. أي قَوْله في هذه أحسن من قَوْله هناك.

قَوْله: (وليست [٢٤١/أ] **وصية لأخواله أو ولد فلان بشيء ناجز كالوَصِيَّة لهم بغلة موقوفة)**[3]. أي هذه قرينة تدل علىٰ عدم التعين.

قَوْله: (وينظر أيولد له أم لا)[4]. لأن الوَصِيَّة للمجهول وبالمجهول تجوز، فإن أيس منه أن يولد له بطلت الوَصِيَّة.

قَوْله: (ويساوىٰ فيه بين الذكر والأنثىٰ)[5]. لأن إطلاقه يقتضي ذلك.

قَوْله: (فوصية باطلة)[6]. لأنه مات قبل وجوبها له وحال جوازها، وإنما أوصىٰ لحي في ظنه وهو ميت في نفس الأمر.

---

(١) التهذيب (٤/٢٨٦).

(٢) في التهذيب «أحسن من المسألة التي قال فيمن أوصىٰ لأخواله وأولادهم» (٤/٢٨٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٨٧).

(٤) في التهذيب «وينتظر» (٤/٢٨٨).

(٥) المصدر نفسه (٤/٢٨٨).

(٦) في التهذيب «فوصيته باطلة» (٤/٢٨٨).



قَوْله: (وإن علم بموته، كانت لورثة الموصىٰ له)[1]. لأنه لما علم موته وأقر الوَصِيَّة فكأنه أوصىٰ لورثته وقيل لا يكون لورثته لأنه إنما أوصىٰ له لا لورثته وسكوته لا يدل علىٰ أنه أوصىٰ لورثته.

قَوْله: (فالوَصِيَّة لورثة الموصىٰ له)[2]. لأنه مات بعد وجوبها له ومن مات عن حق فهو لورثته.

قَوْله: (وإن مات قبل موت الموصي)[2]. هذا أوصىٰ لحيٍّ بخلاف المسألة المتقدمة، لكن تبطل الوَصِيَّة في الموضعين فإن كانت معها وصايا أُخَر ضاق عنها الثلث؛ فهل يرجع هذه الوَصِيَّة الباطلة إلىٰ الباقين يكملون بها وصاياهم ولا يدخل ورثة الموصي معهم في ذلك مطلقا علم بموته أوْ لا، أَوْ يُحاصونهم بها فيرجع إليهم ما ينوبها من الثلث مطلقا أو يرجع إلىٰ أهل الوصايا إن علم بموته ويحاصونهم إن لم يعلم؟ ثلاثة أقوال، وقد ذكروا الوَجْهُ الثَّانِي بعْدُ، فيكون في هذه ثلاثة أقوال بالنص والتخريج.

ووجهها: أن عِلْمه بموته وسكوتَه؛ هل يكون إبطالا لوصية الميت أو إقرارا لها علىٰ أن يرجع للباقين، وهل تكون الوَصِيَّة فيما لم يعلم به الموصىٰ من ماله ـ وهو قول ضعيف لنا ـ، أوْ لَا يكون إلا فيما علم به لا غير، ولأنه لما وصىٰ بأكثر من الثلث فقد علم أن غرضه أن يحصل لكل واحد ما وصىٰ له به فذلك يدل علىٰ رجوع الوَصِيَّة التي مات صاحبها إليهم يُكمِّلون بها ما وصىٰ لهم به.

قَوْله: (لبني تميم)[3]. هؤلاء غير معينين ولا منحصرين فإنما يدفع لمن

---

(١) في التهذيب «نفذت الوَصِيَّة لورثة الموصىٰ له» (٤/٢٨٨).

(٢) التهذيب (٤/٢٨٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٨٩).

حضر القسم وسواء كان موجودا في هذه الوَصِيَّة أو لا يفضل بعض من حضر علىٰ بعض بحسب الحاجة وقلتها وكثرتها.

قَوْله: (ولم ير فيها شيئا للموالىٰ)[1]. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أن الموالي يدخلون معهم وذلك بناء علىٰ الحديث «مَوْلَىٰ القوْمِ مِنْهُم»[2]، وهم في الحقيقة ليسوا منهم، وكذلك فيمن لا تجوز لهم الزكاة من القرابة هل مواليهم مثلهم في ذلك أو لا؟ قولان.

قَوْله: (لمواليه)[3]. هذا يطلق علىٰ المعتق وعصباتهم ومن اعتقهم وهم الأعلون وعلىٰ المعتقين وبنيهم ومن اعتقوا، فالمَذْهَب أن الوَصِيَّة عند الإطلاق للأسفلين لأن الموصي يرثهم بالولاء، ولا يرث الأعلين.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه يشرك بينهم في ذلك لأن اللفظ صالح.

قَوْله: (نصفين)[3]. لأن هؤلاء معينون ولذلك يرث من مات منهم ورثته.

قَوْله: (فالعشرة للثاني)[4]. لأنه لما علم ولم يعين الوَصِيَّة كان ذلك مؤذنا بأنه صرف وصيته إلىٰ الثاني.

قَوْله: (حوصص بينهما)[5]. لأنه مال لم يعلم به الموصي فلا تكون فيه الوَصِيَّة.

---

(١) التهذيب (٢٨٩/٤).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب مولىٰ القوم من أنفسهم، وابن الأخت منهم، عن أنس بن مَالِك، ولفظه: «مَوْلَىٰ القَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ». وأحمد في مسند الكوفيين، حديث رفاعة بن رافع الزرقي: ١٨٩٩٢.

(٣) التهذيب (٢٨٩/٤).

(٤) في التهذيب «فالعشرة للباقي» (٢٩٠/٤).

(٥) المصدر نفسه (٢٩٠/٤).




قَوْله: (تكون العشرة للباقي علم بموته أو لا)[1]. لأنه لما أوصىٰ له بعشرة فمعلوم أنه يريد أن يدفع له ذلك كله وقد اتسع الثلث لها بموت الموصىٰ له ولأن الوَصِيَّة قد تكون علىٰ قول فيما لم يعلم به.

قَوْله: (أرىٰ أن يحاص بها الباقي)[1]. لأن الوَصِيَّة علىٰ المَذْهَب لا تكون إلا فيما علم به ولأن سكوته ليس بإقرار للوصية.

قَوْله: (ثم رجعوا بعد موته)[2]. إن أجازوا قبل أن يكلفهم الميت ذلك فقولان: يلزمهم؛ لأنه من اختيارهم، وقيل: لهم الرجوع إن كانوا محتاجين إليه لأنهم قد يفعلون ذلك لمرضاته وخوفا من ألا يموت فيضر بهم، [٢٤١/ب] وإن كان بعد أن كلفتهم فقولان أيضا.

وفي الزوجة قولان وفي الحقيقة يرجعان إلىٰ تحقيق مناط إن كانت قوية لا تخاف من الزوج لأن نفقتها واجبة عليه عوضا وتأخذها منه بالشرع فليست كغيرها ممن هو في عياله فيلزمها ذلك، وإن كانت ضعيفة تخاف منه فلها الرجوع، وإذا ظن الوارث أن الإجازة تلزمه وأن ذلك من حق الموصي يفعل في ماله ما شاء؛ فهل يقبل منه في الرجوع عدم العلم بهذا أو لا؟ قولان، فقال في الأمة تعتق تحت عبد فلا تطلب الفَرْقة ثم تدعي الجهل؛ فإن لها ذلك فقولان: المَذْهَب لا يقبل منها وإذا أجاز الوارث فهل إجازته تنفيذ لما فعل الميت أو تمليك مبتدأٌ منه؟ قولان، يبنىٰ علىٰ ذلك إن كان الوارث مديانا؛ فإن قلنا: إنه تنفيذ لفعل الميت فليس للغريم أن يرد فعله، وإن قلنا إنه ابتداء تمليك فللغريم أن يمنعه.

قَوْله: (ولا يجوز إذن البكر)[1]. لأنها لا تملك أمرها كالسفيه.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٩١).

قَوْله: (فلغرمائه رد الثلثين)[1]. هذا على أنه ابتداء تمليك لا تنفيد لفعل الميت.

قَوْله: (فإقراره قبل القيام عليه بالدين جائز)[1]. لأنه الآن يصح تصرفه في ماله، بخلاف ما بعد القيام عليه فإنه لا يصح تصرفه لأنه يتهم بأن يتلف على غريمه دينه.

قَوْله: (حلف)[1]: يعني إن كان هذا المقر عدلا.

قَوْله: (وإن كان غائبا لم يجز)[1]. وقيل: يجوز وتزول التهمة بأن يدفع ذلك للحاكم يجعله على يد أمين.

---

(١) التهذيب (٤/٢٩٢).

كتاب
القطع في السّرقة

وهي: «أخذ نصاب من [المال][1] الغير لا شبهة له فيه من حرز مثله علىٰ وجه الخفية».

والنصاب ربع دينار، وقال أبو حنيفة: دينار.

وقَوْله: «لا شبهة له فيه»؛ تحرز من الأب والسَّيِّد، وقَوْله: «من حرز مثله» لأن ذلك يختلف فالقبر حرز للكفن ولو كان فيه مال لم يكن حرزا له، وقَوْله: «علىٰ وجه الخفية»؛ تحرز من الغاصب والمختلس والخانق، وإنما قطع السارق لخسته بالاختفاء، بخلاف الغاصب والمختلس لأنه أخذ بقوته ولم يهن نفسه.

قَوْله: (أن يسألهم عن السرقة ما هي؟)[2]. قيل: إن كانوا عواما استفسرهم لأنهم لا يعلمون ما يقطع فيه ولا الحرز، وقيل: ولو كانوا فقهاء لأنه قد يكون مذهبهم مخالفا لما يراه الحاكم كمن يرىٰ القطع في دينار لا فيما دونه، ويرىٰ الحرز في بعض المواضع ليس حرزا، وإذا ثبت السرقة أو الزنىٰ بالشهادة فلا رجوع لها، وإن ثبت ذلك بالإقرار فيقول الحاكم للزاني: أزنيت أو لا؟ ينبهه علىٰ الرجوع لأنه يقبل رجوعه علىٰ المَذْهَب في الزنىٰ والسرقة إلىٰ غير شبهة، بخلاف حقوق الآدميين كالقذف ويقول له في السرقة: أسرقت من حرز أم لا؟ ينبهه علىٰ إنكار الحرز ليسقط القطع الذي هو حق الله تعالىٰ ولا يقول له: أسرقت أم لا؟ والفَرْق أن هذا فيه حق آدمي فلا ينبهه لما يسقط حق الآدمي[3].

---

(١) كذا في المتن، بالتعريف، والمعنىٰ يقتضي أن يقول [من مال الغير]

(٢) التهذيب (٤/٤٢٥).

(٣) انظر شرح ابن ناجي علىٰ الرسالة (٢/٣٤١)، منح الجليل (٩/٣٢٩).




قَوْله: (ربع دينار)[1]. يعني أن النصاب من العين ربع دينار أو ثلاثة دراهم وكل واحد أصل بنفسه، فإذا وجد أحدهما فلا يضر كونه لا يساوي الثاني.

قَوْله: (فمن سرق عرضا)[1]. يعني أن المعتبر في تقويم العرض بالدراهم فإن ساوى ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساو ربع دينار فإن ساوى ربع دينار ولم يساوِ ثلاثة دراهم لم يقطع هذا المَذْهَبُ، وجهه: حديث عائشة رضي الله عنها «أنه عليه السلام قَطَعَ في مِجَنّ قِيمتُهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ»[2]، ولأن التقويم غالبا بالدراهم.

وأما قَوْله عليه السلام: «القطع في ربع دينار»[3] فمخصوص بالعين لا بالعروض. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أن ربع الدينار وثلاثة دراهم سواء في القطع في قيمة العرض كالنكاح. [٢٤٢/أ]

قَوْله: (وصرف الدينار في القطع)[4]. اعلم أن الدنانير ستة:

دينار (.): صرفه عشرة دراهم في الجزية والزكاة.

ودينار الدم ثلاثة: في القطع والدية والنكاح، صرفه اثنا عشر درهما.

ودينار الصرف من عشرين درهما[5].

---

(١) التهذيب (٤/٤٢٥).

(٢) الحديث رواه مَالِك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع. وأحمد في مسنده، من مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. رقم ٤٥٠٣.

(٣) الحديث رواه مَالِك في الموطأ، باب الحدود، باب ما يجب فيه القطعُ. والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب السرقة، جماع أبواب القطع في السرقة. والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، ذكر الاختلاف على الزهري.

(٤) التهذيب (٤/٤٢٥).

(٥) قال في الذخيرة «الدنانير خمسة: دينار السرقة والدية والنكاح اثنا عشر درهما ودينار الجزية والزكاة عشرة دراهم»، ولم يذكر دينار الصرف، انظر الذخيرة (١٢/١٤٦).

قَوْله: (فقام عليه أجنبي قطع)(١). لأن القطع حق لله وإذا وجد المسروق بعينه عند السارق فلا خلاف أنه يؤخذ منه مع القطع، وإن أتلفه فإن كان لهُ مال اتُّبع به، وإن كان معسرا سَقَط عنْهُ عِندَنا، وقال الشَّافِعي: يتبع به مطلقا، وعند أبي حنيفة: لا يتبع.

وسبب الخلاف: هل القطع في مقابلة الفعل أو المسروق؟

وإذا غصب امرأة فزنىٰ بها فإنه يحد ويلزمه المهر مطلقا في اليسر والعسر، وهي **مسألة فَرْق**، ويشكل علىٰ المَذْهَب لاجتماع الحد هنا دون السرقة.

قَوْله: (ولو قال السارق: رب المتاع أرسلني لقطع، وإن صدقه ربه أنه بعثه. ثم قال: وإن أُخذ في جوف الليل)(١). هذه **مسألة فَرْق** وهو أن في الأولىٰ اعترف بالسرقة فثبت القطع فلم يسقط بقَوْله: رب المتاع أرسلني، ولا بتصديق رب المتاع، وفي الثانية لم تثبت السرقة بل اتُّهم فقط، ولو قال هذا المتاع لي لصدق.

قَوْله: (فإن عرف منه انقطاع إليه)(١). لابد من هذا ولو وهب رب المال المسروق وللسارق فلا يسقط القطع لحق الله، وقال أبو حنيفة: لا يقطع لأنه قد [صار](٢) ملكا له فكيف يقطع بما يملكه. واتفقنا علىٰ أنه لو زنىٰ بأمة ثم اشتراها فإنه لا يسقط عنه الحد.

قَوْله: (إذا انتهت إليه الحدود)(٣). لأن ذلك حق الله وأما في القذف فإن أراد المقذوف سترا وعفا سقط، وإن لم يرد سترا فهل يقبل عفوه أو لا؟ قولان، بناءً علىٰ أن ذلك حق محض لآدمي أو هو مشوبٌ بحق الله.

---

(١) التهذيب (٤/٤٢٦).

(٢) في المتن [صا]، والظاهر ما أثبته.

(٣) التهذيب (٤/٤٢٦).




قَوْله: **(لا يؤخذ كفيل)**[1]. لأنه لا فائدة فيه إذ حكم الكفيل أن يقوم مقام المتكفل عنه.

قَوْله: **(بعد أن ماتوا أو عموا أو جنوا)**[2]. هذا كله لا يخل بالعدالة.

قَوْله: **(قبل الحكم)**[2]. لأنه قد زالت عدالتهم قبل الحكم فصارت شهادتهم كالعدم.

قَوْله: **(وذلك بعد أن حكم الإمام وقبل تنفيذ الحكم)**[3]. مثل أن يقول: أشهدكم أني قد حكمت بالقطع، وطرأ ما أوجب تأخير القطع من شدّةٍ بردٍ ونحوهِ.

[قَوْله][4] فالمَذْهَب أنه ينفذ الحكم؛ لأنه وقع في حال عدالة الشهود، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ لا ينفذ لما طرأ فسق الشهود لكن هذا في الحدود لخطرها، أما في الحقوق فينفذ كالأولىٰ لأن الحكم قد وقع علىٰ وجهه.

قَوْله: **(لم يفَرْقهم)**[5]. أي شهدوا مجتمعين فإن استنكر منهم شيئا سمع شهادة كل واحد منهم علىٰ انفراده كلهم يحلفون فتسقط شهادتهم.

قَوْله: **(لا تجوز شهادة أهل الكفر)**[5]. لأن من شرطها العدالة.

قَوْله: **(ما تعاونوا في إخراجه)**[5]. كالخشبة والصندوق، فلنا قولان:

أحدهما، وهو المَذْهَب: أن الكل يقطعون وإن لم يساو ذلك إلا ربع دينار

---

(١) في التهذيب «ولا يؤخذ في الحدود والقصاص كفيل» (٤/٤٢٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٢٦).

(٣) يريد قَوْله «وذلك بعد أن حكم الإمام بإقامة الحدود أو القصاص إلا أن ذلك لم يقم» التهذيب (٤/٤٢٧).

(٤) كذا في المتن، والظاهر إسقاطها، لأن ما بعده تتمة لبيان المسألة قبله، وليس ترجمة من التهذيب.

(٥) التهذيب (٤/٤٢٧).




حملا علىٰ القتل كما نقتل الجماعة بالواحد.

والثاني: لا قطع حتىٰ يكون في نصيب كل واحد ربع دينار.

والأول أوجَهُ؛ لأنه أحسم لباب السرقة، لئلا يتوصل الناس إليها بأن تجتمع منهم جماعة يسرقون ما لا يُقطعون فيه، كما لو لم نقتل الجماعة بالواحد، ووَجْهُ الثَّانِي الفَرْق؛ وذلك أن الضرب والقطع يضاف بعضه إلىٰ بعض، والسرقات لا تضاف؛ لو سرق أقل من نصاب ثم أقل من نصاب ثم أقل من نصاب لم يقطع، ولأن باب النفس أخطر فالاحتياط فيه أولىٰ، وإن كان المسروق يستقل بإخراجه واحد كالثوب فأخرجوه كلهم لم يقطعوا إلا إذا ناب [٢٤٢/ب] كل واحد (.) لأن التعاون في هذا كَلَا تعاونٍ.

قَوْله: (وهو لرجلين قطع)[١]. إنما يعتبر أخذه لنصاب سواء كان لمالِك واحد أو لمالِكين أو من مَالِكه أو من غير مَالِكه.

قَوْله: (ثم سرقه ثانية)[١]. لأن القطع إنما هو في مقابلة الفعل، وقال أبو حنيفة: لا يقطع ثانيا لأنه لما سرقه أولا فقد ضمنه، لأنه بوضع اليد عليه تعديا يضمن، ولما ضمنه فقد صار له بشبهته فيه بالضمان، والحدود تدرأ بالشبهات، وهذا بناء علىٰ أن القطع في مقابلة المسروق، وإنما قال أصحابنا إذا أتلفه السارق وكان معسرا سقط عنه الضمان لحديث روي وهو: (إن القطع يسقط الضمان)[٢] وهو عندنا مخصوص بالمعسر، وعند أبي حنيفة مطلقا، وأما إن كان موسرا فقد صدق ماله بذلك فيغرمه وإن سرقه ثانية وهو عند مَالِك آخر فلا خلاف في القطع.

قَوْله: (أقام عليه الحد)[٣]. لأنه لا يتمحض لحق آدمي.

---

(١) التهذيب (٤/٤٢٨).

(٢) الحديث لم أقف عليه.

(٣) التهذيب (٤/٤٢٨).

قَوْله: (لزمه)[1]. لأنه قد التزم ذلك قبل بلوغ الإمام.

قَوْله: (وكان يقول)[2]. ثم رجَعَ، هذان قولان.

قَوْله: (إلا أن يريد سترا)[3]. فيقبل اتّفاقا.

قَوْله: (لأن السرقة من الفساد)[3]. فلا بد من الحد، بخلاف الزنى بذمية أو مسلمة طائعة فلا يحد لكن يعزر؛ لأنه ليس مخاطبا بالفروع، أما لو غصب مسلمة فزنى بها فهذا يقتل لأنه نقْضُ عهدٍ، وقال المغيرة: يحد كالمسلم لأنه مخاطب.

قَوْله: (ولا قطع في سرقة خمر)[3]. لأنه ليس بمال شرعا إلا أن على المسلم قيمتها لأنه أتلفها على الذِّمِّي، وقال ابن الماجشون: ليس على المسلم في ذلك قيمة لأنه ليس بمال محترم شرعا.

قَوْله: (ولا يحل للبينة الكف عن الشهادة)[3]. لأن ذلك حق لله وفساد في الناس بخلاف الشهادة على الزنى لأن مقصود الشرع فيه الستر بخلاف الطلاق والعتق ينبغي للشاهد أن يشهد فيه ويجب عليه لأنه يمتد فيه الاستمتاع بالحرام واستخدام الحد والزنى لا يدوم منه.

قَوْله: (لا بأس بالشفاعة)[4]. أي يشفع المسروق له قبل البلوغ إلى الحاكم.

قَوْله: (أو الشُّرَط)[4]. يعني صاحب الشرطة أو الحرس الذين جعل لهم النظر في ذلك يصيرون كالحاكم.

---

(١) التهذيب (٤/٤٢٨).
(٢) المصدر نفسه (٤/٤٢٨ ـ ٤٢٩).
(٣) المصدر نفسه (٤/٤٢٩).
(٤) المصدر نفسه (٤/٤٣٠).




قَوْله: (فلا يشهدون أنه لرب البيت)[1]. لأنهم لا علم لهم بذلك والشهادة إنما تكون بالمعلوم وقد يكون مودوعا عنده ولكن يقضىٰ بالمتاع لرب البيت بحكم يده عليه.

قَوْله: (إذا عاينوا أنه غصبه ثوبا)[2]. لا علم لهم بأن الثوب له وإن قضىٰ له بحكم اليد.

فرع:

من زنىٰ بأمة ثم ادعىٰ أنها ملكه ونازعه شخص آخر هي بيده فلم يقم المدعي بينة ونكل صاحب اليد عن اليمين، فلا يحد لأنه لم يثبت الزنىٰ.

قَوْله: (فأدرك في الحرز)[2]. الدور علىٰ ثلاثة أضرب:

أحدها: صحنها مأذون فيه لأهل بيوتها خاصة كالخان والمدرسة فمن سرق من أهلها من بيت من بيوتها شيئا وأخرجه إلىٰ الصحن قطع؛ لأنه أخرجه عن حرزها إلىٰ ما ليس بحرز بالنظر له، فإن سرق أجنبي من بيت منها وأخرج ذلك إلىٰ صحنها لم يقطع حتىٰ مخرجه إلىٰ الزقاق، لأن الصحن حرز بالنظر إلىٰ الأجنبي.

والثاني: صحنها مأذون فيه مطلقا كدار الوكالة، فمن سرق من بيوتها شيئا وأخرجه إلىٰ صحنها أو من تابوت فيها فإنه كبيت فيها، فإنه يقطع.

والثالث: ممنوع بيوتها وصحنها الأعم بسكناها رجل واحد مع أهله فلا يقطع من سرق منها حتىٰ يخرجه إلىٰ الزقاق.

---

(١) التهذيب «فلا يشهدون بملكه لرب البيت» (٤/٤٣٠).

(٢) التهذيب (٤/٤٣٠).

وبمنزلة الضرب الأول مساكن ممر ترجع إلىٰ باب واحد، فمن سرق منها وهو من أهلها وأخرجه إلىٰ السلم الذي يدخل إليها منه قُطع، [٢٤٣/أ] وإن كان أجنبيا لم يقطع حتىٰ يخرج بذلك إلىٰ الزقاق.

قَوْله: (فأدرك في الحرز قبل أن يخرج لم يقطع)(١). قال سحنون: يعني إذا كان من أهل تلك البيوت، أما لو كان أجنبيا لم يقطع حتىٰ يخرج به إلىٰ الزقاق.

قَوْله: (وفيها تابوت)(٢). لأن التابوت ليس بحرز إنما يوضع فيه المتاع للصيانة لا للحرز كما لو سرق بذرا قيمته نصاب فلا يقطع؛ لأنه لم يوضع هناك للحفظ بل للسماد والنبات.

قَوْله: (لأنه ائتمنه)(٢). لم يقطع الخائن فإن كان خسيس الهمة لأنه مأذون له بخلاف السارق.

قَوْله: (فأُخذ في الدار)(٢). لم يقطع يعني إذا كان أجنبيا من الدار.

قَوْله: (دواب من مرابطها)(٢). حرزها موضع ربطها فإن حولها منه قطع وإن لم يخرجها من الدار، وكذلك السفينة إذا حولها من موضعها في البحر قطع.

قَوْله: (علىٰ ظهر بيته، قطع)(٣). لأن ذلك حرزه، وأما الصباغ ينشر الثياب علىٰ حبل في الزقاق فيسرق فقولان فوجه عدم القطع أنه مأذون في المشي في الطريق، ووجه القطع أنه وإن أُذن له في الطريق فهو ممنوع مما علىٰ الحبل فذلك حرز.

قَوْله: (إن كان سارقه من أهل الدار)(٤). لأن ذلك ليس بحرز له.

---

(١) التهذيب (٤/٤٣٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٣١).

(٣) في التهذيب «علىٰ ظهر بيته، وبيته محجور علىٰ الناس» (٤/٤٣١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٣١ ـ ٤٣٢).




قَوْله: (بقصبة أو عود قُطع)[1]. لا فَرْق بين أن يخرجه بيده أو بآلة.

قَوْله: (قُطع الداخل وحده)[1]. لأنه الذي أخرج المتاع.

قَوْله: (فقد شك فيها)[1]. يعني فيها قولان بالنظر إلىٰ أنه في الحرز لم يخرج فلا قطع، وبالنظر إلىٰ أنه قد أخرج المتاع إلىٰ خارجه يقطع.

قَوْله: (جره الخارجُ)[1]. صار بالتسبب كمن دخل فأخرجه.

قَوْله: (ولو التقت أيديهما في المناولة في وسط البيت)[1]. لأن كل واحد صار كمن دخل فأخرجه.

قَوْله: (فإنه يقطع إن حلف المأخوذ منه)[2]. لأنه في حرزه.

قَوْله: (وأخذه)[3]. أي بيمينه ونكول صاحبه ولا يقطع فيما هو ملكه، كما لو شهد عليه أنه زنىٰ بأمة لرجل فادعىٰ أنها له ونكل صاحبها عن اليمين لأن الزنىٰ لم يثبت بعد.

قَوْله: (في أفنية الحوانيت)[3]. لأن ذلك حرزها.

قَوْله: (أوقفها ربها في سوق الغنم)[3]. لأن ذلك حرزها.

قَوْله: (وكذلك ظهور الدواب)[3]. لأنه حرز لما عليها.

قَوْله: (في الجرين)[4]. لأنه حرزه؛ إذْ إنما وُضع هناك للحفظ، بخلاف موضع نباته إنما وضع هناك للنبات لا للحفظ، فإن كان معه من يحوص قطع لأنه

---

(١) التهذيب (٤/٤٣٢).

(٢) في التهذيب «فإنه يقطع ويحلف له الطالب ويأخذه» (٤/٤٣٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٣٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٣٤).




حينئذ حرز له، وإلا لم يقطع لأنه قد أذن له في الدخول ولا ضمان على صاحب الحمام ولو كان بأجرة لأن الأجير لا يضمن إلا الموتر بضاعته، لأن الضرورة العامة تضم إليه، وليس دخول الحمام كالخياطة والحياكة.

قَوْله: (**إلا أن يسرقه من لم يدخل الحمام**)(١). لأنه لم يؤذن له في الدخول هكذا فهو حرز في حقه.

قَوْله: (**وبعضه خارج منها إلى الطريق**)(٢). لأنه ليس بحرز.

قَوْله: (**من صنيع**)(٢). أي من عرس لأنه كائن للإذن له.

قَوْله: (**حكم عليه بحكم الحرابة**)(٣). أي مختار الإمام في أوجه جزائه من نفي أو صلب أو غيره، هذا الـمَذْهَبُ، وقال ابن الماجشون وهو قول الشَّافِعي: لا يكون محاربا داخل البلد بل هو غاصب فيعزر لا غير.

قَوْله: (**إذا دخل الحربي بأمان فسرق قُطع كالذِّمِّي**)(٣). وقال أَشْهَب: لا يقطع، لأن له شبهةً في المال لأنه حربي، بدليل أنه إذا خرج عنا انتهب أموالنا ولم يضر كالذِّمِّي، ألا ترى أن أبا حنيفة يقتل المسلم بالذِّمِّي لا بالمعاهد ولكن يعزر؟

قَوْله: (**لو لصص**)(٤). أي لو حارب وصار مع قطاع المسلمين حكم له بالمحارب على المَذْهَب فلا يسترق، واعترض في العمد أنه إن تلصص كان له حكم المحارب [٢٤٣/ب] لا الحربي، ولولا ذلك لاسترق لنقضه العهد، وكذلك الذِّمِّي إذا خرج متلصصا إن لم يركَبْ بظلم كان نقضا للعهد، وإن ركِب بظلمٍ فلا

---

(١) في التهذيب «يسرقه أحد لم يدخل الحمام» (٤/٤٣٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٣٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٣٥).

(٤) في التهذيب «لو تلصص» (٤/٤٣٥).

يكون نقضا للعهد.

قَوْله: (الحرة أو من فيها بقية رق)[١]. لا فَرْق بين الحرة وغيرها في ذلك.

قَوْله: (إذا سرق الصبي)[٢]. لأنه غير مكلف كالمجنون.

قَوْله: (حتى يفيق)[٢]. لأنه حينئذ يكون مكلفا إذا سرق أحد الأبوين لأن له شبهة في مال ابنه، وكذلك الأجداد لأنهم آباء لأنهم لا يقتلون بابن الابن ولكن تغلظ الدية عليهم كالأب.

قَوْله: (أحب إلي)[٣]. أي يجب ذلك لا تلزمه نفقة ابنه الكبير، أي فدل على أن العلة إنما هي الأبوة.

قَوْله: (قُطع)[٤]. لأنه لا شبهة له في مال الأب، وقال أَشْهَب لا يقطع لأنه كان له شبهة في ماله قبل البلوغ فاستصحب ذلك فخالف غيره.

قَوْله: (من غير بيتها)[٥]. لأنّ ذلك حرز ونفقتها عليه ليست بشبهة في ماله لأنها عوض عن الاستماع، كذلك الأجير إذا أخذ من موضع لم يؤتمن عليه، وأما العبد فلا يقطع مطلقا لأن له شبهة في مال سيده مطلقا، ونفقة الأجير عوض كالزوجة.

قَوْله: (لم يقطع واحد منهما)[٥]. أي وإن كان ذلك أكثر من نصاب في حق كل واحد لأنه رجل مأذون له فله شبهة في الإذن. وكذلك إن دخل مع العبد

---

(١) في التهذيب «الحرة أو من فيها علقة رق» (٤/٤٣٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٣٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٣٦).

(٤) يريد سرقة الابن من مال أبيه، انظر التهذيب (٤/٤٣٦).

(٥) التهذيب (٤/٤٣٦).

بخلاف الصبي لأنه لا يعتبر إذنه لأنه غير مكلف.

قَوْله: (مما قد أغلق)[1]. لأنه ليس بحرز لأن كل واحد له التصرف فيه بخلاف ما إذا كان عند غيرهما، واتفقا على أن لا يدخلاه إلا معا فإذا أخذ أحدهما منه أكثر من حظه بنصاب قطع.

قَوْله: (وشهادة الأخوين لأخيهما)[1]. هذا المَذْهَبُ ولا يقطع على القول الثاني، وليس الخلاف شبهة لأن الشبهة في السارق كالأب، أو المسروق كمال السَّيِّد، أو النسب كالشبهة في الإذن إذا دخل مع من له إذن.

قَوْله: (من الطعام الذي لا يبقى)[1]. مذهب أبي حنيفة أنه لا قطع في رطب؛ لأنه يفضي إلى الفساد ولا فيما أصله الإباحة كالخشب والماء والحطب (.)[2]، إلا أن ينقل بصنعة كالتابوت والحصير؛ قالوا: ولو سرق إبريقا أو طبقا من ذهب فارغا قطع، فإن كان فيه ماء أو شيء رطب لم يقطع لأن المقصود حينئذ الماء والرطب، وهذا مما يشنع عليهم.

قَوْله: (والأترجة التي قطع عثمان)[3]. لأن الخصم يقول: كانت من حديد أو نحاس.

قَوْله: (لم يقطع)[4]. هذا المَذْهَبُ، وإن كانت في بستان محدق [بالحيطان][5]

---

(١) التهذيب (٤/٤٣٧).

(٢) كلمة غير واضحة، لعلها [والريش].

(٣) التهذيب (٤/٤٣٧). والأثر رواه مَالِك في الموطأ في كتاب الحدود، باب ما يجب في القطع. عن عمرة بنت عبد الرحمن «أن سارقا سَرق في زمان عثمان أترجة فأمر بها عثمان بن عفان أن تقوم. فقومت بثلاثة دراهم. من صرف اثني عشر درهما بدينار. فقطع عثمان يده».

(٤) التهذيب (٤/٤٣٨).

(٥) في المتن [حياطان]، وما أثبته هو الصواب.

لأنها لم توضع هناك للحفظ بل للنبات، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه يقطع إذا كان محدقا بالحيطان، لأنه حرز وكذلك الثمر، وقَوْله: «لا قطع في ثمر»[(١)]، يعني إذا كان في حائط لا حوائط عليه كبساتين المدينة.

قَوْله: (ووضعه في الحائط)[(٢)]. لأنه جعله للحفظ فصار حوزا له (..) كل ذلك مباح الأصل عند الخصم فلا قطع فيه كما لو سرق ما قد جعل في صهريج فإنه يقطع عندنا ولا يقطع عنده، والطير والسباع كلها مباحة فلا قطع فيها عنده.

قَوْله: (فإن كان في قيمة جلودها إذا ذكيت)[(٢)]. يريد أن الذكاة تطهرها وهي تتبعض فتعمل في الجلد دون اللحم، وهو عمل السلف.

قَوْله: (ولا قطع في جلد ميتة لم يدبغ)[(٢)]. لأنه نجس فإذا دبغ قولان؛ المَذْهَب لا يطهر فلا يباع ولا يصلى عليها ولا يستعمل في المائعات سوى الماء لكن من سرقها يقطع إن كان قيمة ما فيه من الدباغ نصابا، وقال ابن وهب: يطهر ويباع وعلى هذا يضمن قيمتها ولا يحتاج إلى دبغها.

وأما الكلب الذي ينتفع به [٢٤٤/أ] في الصيد والحرث ففي بيعه وأكله ثلاثة أقوال: المَذْهَب الحرمة، ومع ذلك من سرق قطع إن كانت قيمته نصابا كأم الولد لا تباع وفي قتلها قيمتها، وقال ربيعة بالجواز، والثالث بالكراهة جمعا بين القولين.

قَوْله: (أو خارجا من خبائه)[(٣)]. لأن ذلك حرزه.

قَوْله: (من القطار)[(٣)]. لأنه حرزه.

---

(١) لعله يريد «أو قلع نخلة بثمرها لم يقطع» التهذيب (٤/٤٣٨).

(٢) التهذيب (٤/٤٣٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٣٩).

قَوْله: (من القبر)[1]. مذهب مَالِك أنه يقطع وأبو حنيفة لا يقطع البتة، وليس بسارق في اللغة بل هو مختف، وقال الشَّافِعي: إن كان محروسا قطع وإلا لم يقطع، قال أبو حنيفة: لأن الكفن لم يوضع في القبر للحفظ، ولأنه لو وجد في القبر دون الميت لم يقطع آخذه وكذلك لو كان مع الميت على القبر لم يقطع آخذه.

ولنا حديث عائشة: «يُقْطَعُ سارِقُ أَمْوَاتِنَا كَسَارِقِ أَحْيَائِنَا»[2]؛ فسمّته سارقا، وهي من أهل اللغة، وهو عندنا على ملك الميت بدليل أنه لو أكلته السباع رجع الكفن إلى ورثته ميراثا ولا يرثون إلا ما كان ملكا له.

قَوْله: (مستسرا)[3]. أي في حال خفية لأن الذي يستتر بفعله غاصب أو مكابد أو مختلس ولا قطع في ذلك.

قَوْله: (فإن كان منزلا نزله)[4]. تحرز من أن يختلف عن الرفقة وحده بموضع لم تنزل الرفقة فيه ولا جرت العادة بالنزول فيه فلا قطع فيما يدخله من ذلك.

قَوْله: (ومن سرق صبيا حرا)[4]. خلافا للشافعي وأبي حنيفة، وهو قول ابن الماجشون، لأن هذا ليس بمال بخلاف العبد ولنا أنه إذا باعه فقد اتلف نسبه، وديته ألف دينار فهو أعظم مال.

قَوْله: (وإن كان أعجميا)[5]. لأنه كالبهيمة بخلاف الفصيح هذا آبق.

---

(١) التهذيب (٤/٤٣٩).

(٢) الحديث رواه البيهقي عن عائشة في معرفة السنن والآثار، كتاب السرقة، رقم ١٧١٨٣، وعن الشعبي في السنن الكبرى، كتاب السرقة، جماع أبواب القطع في السرقة، باب النباش يقطع إذا أخرج الكفن من جميع القبر. وأخرجه أيضا ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب ما جاء في النباش يُؤخَذ، ما حدُّه؟.

(٣) التهذيب (٤/٤٣٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٤٠).

(٥) في التهذيب «عجميا» (٤/٤٤٠).

قَوْله: (أما الثوب وشبهه)[1]. كمنديل الكم والجبة، فعادة الناس أن يضموا فيها الدراهم والدنانير فلا يصدق السارق في أنه لم يعلم بذلك لأن الغالب خلافه.

قَوْله: (وليس كالحجر والخشبة)[1]. لأنه لم تجر العادة بأن يدفع فيها ذلك.

قَوْله: (أنه سرق نعجة)[1]. لنا في ضم الشهادات المختلفة ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تلفق مطلقا.

الثاني: لا تلفق مطلقا.

المَذْهَب: أنه تلفق الأقوال دون الفعال، وهذه أفعال فلا تلفق؛ فإن ادعىٰ المشهود له النعجة أو الكبش حلف مع ذلك واستحقت؛ لأن ذلك مال ولا قطع، ولأنه لا يثبت بشاهد ويمين ادعاهما معا حلف مع كل واحد وأخذ الجميع، وهذا إذا اختلف الزمان.

أما لو لم تتعدد بل قال أحدهما: يوم الخميس ظهرا، وقال الثاني: كذلك تساقطا لأن إحداهما تُبطل الأخرىٰ.

قَوْله: (فأكل الطعام فيه)[2]. هذا من فقهه وكذلك لو استرعىٰ رجلا لا يعلم من الطريق فباعه السرقة من الحرز فلا قطع علىٰ واحد منهما.

قَوْله: (يوم سرقها)[2]. لأنه وقت التعدي.

قَوْله: (ثم رجله اليسرىٰ)[3]. هذا الحديث روي في ذلك، وقال فيه بعد

---

(١) التهذيب (٤/٤٤٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٤١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٤١).




الرابعة أنه يقتل، وأخذ بذلك أبو مصعب[١]، ومذهب أبي حنيفة أنه يقطع أولا يمناه، ثم يسراه من الرجلين ثانيا، ولا يقطع بعد ذلك لأن ما زادَ تشويهٌ.

والمَذْهَب أنه بعد الرابعة يُحبس أو يبقىٰ ويضرب، ومتىٰ سرق بَعدُ ضُرب وحبس، إلا أنه يضمن السرقة مطلقا موسرا كان أو معسرا لأنه لا قطع ولا خلاف هنا أنه يضمنها.

قَوْله: (فمحاها)[٢]. هذه من الممحوات.

قَوْله: (وأراه تأول قَوْله تعالىٰ)[٢]. لأنه يدل علىٰ أن لا يرجع إلىٰ الأرجل إلا بعد قطع الأيدي.

قَوْله: (في الرجل: أحب إلي)[٢]. هذا المَذْهَبُ.

قَوْله: (قطعت يده)[٣]. لأن الاصبع الواحدة والاصبعين لا يؤثر عدمهما وكذلك إذا قطع يد غيره قطعت يده (.)، بخلاف ما إذا بقي من يده أصبع صار كمن لا يمين له فإنه [٢٤٤/ب] يعدل في السرقة إلىٰ رجله اليسرىٰ علىٰ المَذْهَب وإلىٰ اليد اليسرىٰ علىٰ قول مَالِك، وفي القصاص لا تقطع يده تلك ولكن تلزمه الدية وذلك لعدم المماثلة، ولو رضي المجني عليه بقطع اليسرىٰ لم يجز لأن ذلك ليس له.

---

(١) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرىٰ، كتاب السرقة، جماع أبواب قطع اليد والرجل في السرقة، باب السارق يعود فيسرق ثانيا وثالثا ورابعا. عن جابر قال: «أتي النبيّ ﷺ بسارق فأمر بقطع يدِه، ثم أتي به قد سرق فأمر به فقطع رجله، ثم أتي به بعد وقد سرق فأمر بقطع يده اليسرىٰ، ثم أتي به قد سرق فأمر بقطع رجله اليمنىٰ، ثم أتي به قد سرق فأمر بقتله». ورواه الدارقطني أيضا في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، ٣٣٨٩.

(٢) التهذيب (٤/٤٤٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٤٣).

قَوْله: (وضمن قيمة السرقة)(١). لعدم القطع.

قَوْله: (ويُسْرُه متصل)(١). المَذْهَب أنه يراعىٰ اتصال اليسر من يوم السرقة إلىٰ القيام عليه وإلا لم يقطع إن تخلل ذلك عسر. وقال أَشْهَب: بل يراعىٰ اتصال عدم العسر إلىٰ القطع فقط وإلا غرم، إلا أن المَذْهَب قال في رجل قام علىٰ سارق بأنه سرق له ولرجل غائب نصابا فقضىٰ له بعد القطع بما سرق له، فأخذه ثم أعسر السارق فجاء بعد ذلك الغائب يطلبه فقال: يقاسم الأول فيما أخذ (.) السارق بما بقي لهما، وهذا يقتضي أنه لا يراعىٰ في الضمان اتصال اليسر إلىٰ القيام، بل إلىٰ القطع كقول أَشْهَب، وأجيب عنه بأنه كان ينبغي للحاكم أن يقضي علىٰ السارق بنصيب الغائب يوم القطع وقيام الأول، فصار الغائب بذلك كأنه قام يوم القطع حين إيسار السارق، وهذا بخلاف عن (.)(٢) لهما حق قبل شخص قام أحدهما علىٰ ذلك الشخص بحقه وحق الغائب فحكم عليه بحق القائم ثم جاء الغائب فوجده معسرا فيمنعه ولا يجب علىٰ الحاكم أن يقضي عليه بحق الغائب لأنه قد رضي بتأخيره لحقه، وليس كذلك المسروق منه لم يوص بتأخير السارق.

قَوْله: (إلىٰ أن قُطع)(٣). أي إذا كان قَوْله لم يقطع واحد منهما لأنهما رجعا عن الشهادة علىٰ الأول ويتهمان في الثاني لأنه إنما ينبغي أن يجزم بشهادته، والحدّ يدرأ بالشبهات.

قَوْله: (وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية)(٤). لأن العمد والخطأ في المال

---

(١) التهذيب (٤/٤٤٣).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها «من».

(٣) التهذيب (٤/٤٤٣).

(٤) من هذا إلىٰ قوله: (إن شاء في السر) كله من التهذيب (٤/٤٤٤).




سواء، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا يجب عليهم شيء؛ لأن ذلك حدث عن فعل مباح.

وكذلك المعلمُ يضرب الصبي، والطبيبُ يخطئ في البطّ والشق، والخاتنُ يخطئ في قطع الغُلفة فيزيد في القطع، وهذا إذا كانوا ماهرين بالصناعة وإلا فهم متعدون، لكن لا يقتص منهم لأنهم لم يتعمدوا.

قَوْله: (وأبىٰ مَالِك أن يجيبنا في خطأ الإمام). مخافة من الأئمة وجورهم.

قَوْله: (وكانا بيِّنَي العدالةِ). لابد من هذا وإلا لم يقبل عذرهما.

قَوْله: (لكانا لذلك أهلا). أي لا حرج علىٰ من عزّرهما من الحكام.

قَوْله: (أو طلاق). إذا أنكر الزوج الطلاق، والسَّيِّد العتقَ، فإنه يحكم بذلك بالشهادة وينفذ ظاهرا، ويقال للزوجة: إن علمت أن الطلاق غير واقع حرم عليك فيما بينك وبين الله أن تتزوجي غيره لأنك في ملكه.

وكذلك العبد يقال له: إن علمت [باطل][1] وجب عليك أن تدفع خراجك لسيدك وأن تخدمه، وإن كنا نحكم بالعتق ظاهرا، كما إذا شهدا بأن هذه زوجة فلان وهو ينكر، فإنا نحكم بالزوجية ويحرم عليه أن ينظر إليها فيما بينه وبين الله.

قَوْله: (أي الدية). هذا المَذْهَبُ، وقيل: يقتص منهما في القطع والقتل؛ وَجْه الأَوَّلِ أن الحاكم هو المباشر والشاهدُ سبب، ووجه قول أَشْهَب أن الشاهد مُلجئٌ للحاكم، وقد اتفقنا فيمن حفر بئرا فسقط فيها شخص فمات أنه ليس عليه إلا الدية لأنه لم يتعمد.

وإذا شهدوا بالزوجية وأنه طلق قبل الدخول أو بعده والزوجُ منكرٌ لكل ذلك ثم رجعا فيلزمهما ما لزم الزوج بشهادتهما فإن أقر بالزوجية فشهدا بالطلاق بعد

(١) كذا في المتن.




الدخول لزمه الصداق، فإن رجعا فلا يلزمهم شيء لأن الدخول يوجب جميع الصداق وقد أخذته، فلم يتلفوا عليه إلا ما كان له [٢٤٥/أ] فيها من المتعة، فهل يضمنان ذلك أو لا؟ قولان: بناء على الخلاف هل تقوم تلك المنفعة أو لا؟ ولو قتلها لزمته الدية ولم يلزمه قيمة تلك المنفعة.

فإن قالا طلّق قبل الدخول لزمه نصف الصداق على المَذْهَب، فإن رجعا غرما نصف الصداق، وجهه أنه لا يجب بالعقد شيء من الصداق؛ لأنها على تقدير أن ترتد يسقط الصداق، وقال أَشْهَب: لا يلزمهما شيء لأنه بالعقد يجب على الزوج نصف الصداق، والارتداد نادر، فإن قالا في هذه الصورة الأولى: بل طلق قبل الدخول، فاتفقا على أنه يلزمهما نصف الصداق لأنه الذي زاد بشهادتهما.

قَوْله: (حتى زكوا عنده). لأن الأصل الجرح حتى تثبت العدالة، خلافا لأبي حنيفة يقبل المستور من غير تزكية؛ لأن الأصل عنده في المسلم العدالة حتى تثبت الجروح.

قَوْله: (وإن لم يطعن فيهم). كانوا مستورين.

قَوْله: (إن شاء في السر). هذا أحسن لأن كثيرا من الناس لا يتجرأ أحد بجرحهم في العلانية خوفا من شرهم.

قَوْله: (إلا تزكية رجلين)(١). لأنها شهادة وحق بدن.

قَوْله: (ارتضى رجلا للكشف)(٢). يعني البطانة وهذا على أنه من باب الخبر لا الشهادة، وعلى أنه شهادة لا يجزئ إلا رجلان.

---

(١) التهذيب (٤/٤٤٥).

(٢) في التهذيب «ارتضى القاضي رجلا للكشف» (٤/٤٤٥).

قَوْله: (عن رجلين)[1]. أي عدلين لأن هذا نقل شهادة فلا يكون إلا عن رجلين معينين، بخلاف شهادة السماع.

قَوْله: (يجهل وجه التخريج)[1]. أي لا يعلم أن شهادة العدو ترد وأن شهادة الأب لابنه لا تجوز، وكذلك الشريك المفاوض، فإذا كان من جهلة الرجال وضعفة النساء فيندب القاضي إلى أن يعلمه ذلك، وإن كان مثله ممن لا يجهل ذلك فلا يجبره به لأنه تحصيل الحاصل.

قَوْله: (وليس كرد اليمين)[1]. أي هذا يجب على القاضي أن يعلمه بذلك لأن الحكم متوقف عليه لا يجوز له أن يحكم إلا بعد ردها.

قَوْله: (أو مجاني)[2]. يعني القليلي المروءات الذين يكثرون الدعابة والهزل في أكثر الأوقات.

قَوْله: (فمن تاب ممن حد في القذف)[3]. هذا لا يعلم إلا بعد زمن القذف بخلاف النصراني يسلم فإن المانع من قبول شهادته إنما كان الكفر وقد زال المانع وكذلك العبد. وأما المسلم العدل يحد في القذف فلا يعلم حسن حاله إلا بعد طول.

قَوْله: (ولو حد نصراني في قذف)[3]. لأن الذِّمِّي من باب الأحرى أن يحد في قذف المسلم، إلا أن الكافر إذا كان في دينه لا يبقى بوظائفه فلا يقبل ساعة إسلامه حتى يعلم حسن حاله لأنه في دينه كالمسلم الفاسق.

قَوْله: (لم يقطع، وضمن قيمة ذلك)[4]. لأن السرقة حق بدن فلا تثبت

---

(١) التهذيب (٤/٤٤٥).

(٢) في التهذيب «أو مُجَّان» (٤/٤٤٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٤٥).

(٤) من هذا إلى قوله: (فإنه يقطع) كله من التهذيب (٤/٤٤٦).




بالنساء لكنه يفضي إلىٰ المال فصحت شهادتهن فيها علىٰ المذهب ولا قطع، وقال أَشْهَب: لا يضمن لأن الغرم فرع ثبوت السرقة، ولم تثبت.

قَوْله: (ولا يمين علىٰ صاحب المتاع). لأنه قد استقل النصاب.

قَوْله: (ضمن السارق قيمته). وإن كان عديما للحديث: «إذا قطع السَّارِقُ فَلا ضَمَانَ»[(١)]؛ يعني في العسر.

قَوْله: (إذا شهد رجلان علىٰ شهادة رجل). ويجوز أن يشهدا علىٰ كل واحد منهما، والمَذْهَب في حد الزنىٰ (.)[(٢)] في نقل الشهادة من أربعة ولا يجزئ اثنان علىٰ كل واحد، لأن الأصل أربعة فلا أقل من أن يكون الفرع أربعة.

قَوْله: (قد استأصل تمام الشهادة). أي إذا استقصاها، لكن يعذر للغائب وينظر له فطعن فيهم.

قَوْله: (فإنه يقطع). هذا المَذْهَبُ أنه لا يسقط الحد بالتوبة، خلافا للشافعي قال: يسقط بالتوبة، وأجمَعْنا علىٰ سقوطه في المرتد [٢٤٥/ب] يسلم فإنه لا يقتل؛ لأنه يصير كالكافر الأصلي يسلم، وكذلك المحارب إذا أُخذ قبل القدرة.

ولنا أنّه عليه السلام حدّ ماعزاً والغامدية بعد التوبة وقال: «لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لو قُسمتْ علىٰ أَهْلِ السَّمَاوَاتِ والأَرْضِ لَوَسِعَتْهُمْ»[(٣)]. وأما المحارب فلم يوجد فيه شرط

---

(١) الحديث رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، والبيهقي في السنن الصغرىٰ، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالسرقة عن عبد الرحمن بن عوف ولفظهما: «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد.» ورواه ابن أبي شيبة في المصنف، في كتاب الحدود، في السارق تقطع يده يتبع بالسرقة، بلفظ: «لا يغرم السارق بعد قطع يمينه إلا أن توجد السرقة بعينها، فتؤخذ منه».

(٢) غير واضحة في المتن، لعلها «أن لا بد».

(٣) الحديث رواه مسلم بلفظ: «لو قسمت بين أمة لوسعتهم» كتاب الحدود باب من اعترف علىٰ نفسه بالزنا، كذا عند البيهقي في الكبرىٰ كتاب الإقرار، باب من يجوز إقراره. وعند أحمد في مسند=




الحد لأن شرطه أن لا يتوب قبل المقدرة عليه وأما المرتد فإنه بنفسِ إسلامه، بخلاف المرائي وشارب الخمر لو تاب إثر الفعل لم يقبلا فظهر الفَرْق.

قَوْله: (ولا يحد السكران حتىٰ يصحىٰ)[1]. لأنه حينئذ غير مكلف، ولأنه لا يكون الحد زجرا له إذ لا يشعر به.

قَوْله: (فلربها أخذها)[2]. وإن شاء أجاز البيع واتبع المبتاع بالثمن ورجع هو علىٰ السارق بالثمن.

قَوْله: (أو باعها). إن شاء أجاز البيع أيضا وأخذ منه الثمن ورجع هو علىٰ البائع منه والبائع علىٰ السارق.

قَوْله: (فلا شيء عليه). لأنه لم يتعد ولكن يرجع علىٰ السارق.

قَوْله: (فلرب الثوب أن يعطيه قيمة الصبغ). لأنه كسلعة ثانية ودار الأمر بين أن يخرج الثوب عن ملك ربه فكان الحمل علىٰ السارق أولىٰ، وليس الثوب من ذوات الأمثال.

قَوْله: (وإن عجز ثمنه لم يتبع السارق بشيء). لأنه يومَ القطع معسر وهذا المَذْهَبُ، ووجه الحديث: «إذا قُطِع السارِقُ سقَطَ الضَّمَانُ»[3]؛ أي في المعسر، ووجه قول أَشْهَب أن اليسر والعسر لا معنىٰ لِاعتباره إلا يوم القيام عليه.

قَوْله: (فذلك له). لأنه: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالمٍ حَقٌّ[4].

= البصريين، حديث عمران بن حصين، والنسائي كتاب الجنائز، الصلاة علىٰ المرحوم: «لقد تاب توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم».

(١) في التهذيب «حتىٰ يصحو» (٤/٤٤٦).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (صنع به كما وصفنا) كله من التهذيب (٤/٤٤٧).

(٣) الحديث تقدم تخريجه بلفظ: إذا قطع السَّارِقُ فَلا ضَمَانَ.

(٤) الحديث تقدم في أول تضمين الصناع.

قَوْله: (صنع به كما وصفنا). أي يبيع بما فضل من ثمن الثوب كان للسارق وإن عجز لم يتبع.

قَوْله: (فليس لربها إلا وزن فضته)[1]. لأن المثل يقوم مثله ولا يحتاج إلىٰ إخراج ملك أحدهما عنه.

قَوْله: (لم يقتص منه)[1]. لأنه قَطْعُ عضو غير معصوم، بخلاف ما لو قطع يسراه لقطع.

قَوْله: (وإن لم تعدل البينة)[1]. لأنه لم تثبت السرقة بعد.

قَوْله: (غلط القاطع)[1]. وقيل: تلزم الدية في ماله وتقطع يمناه.

قَوْله: (لكل سرقة تقدمت)[1]. هذا لِاتّحاد الموجب، والموجب كالشرب والقذف، لأن في كل واحد كما إذا مسَّ وبالَ فوضوءٌ واحدٌ، أما إذا اختلف الموجب والموجب كالزنىٰ والقذف فيجمعان عليه ولو كان في الزنىٰ الرجم لحد قبله لما في ذلك من التشفي للمقذوف، بخلاف ما لو كان معا لحق الله كالقطع والقتل فإن الغرض من القطع إماتة اليد وذلك يحصل بالقتل، وكذلك الشرب مع القتل يتداخلان.

قَوْله: (فإن كان من وقت سرق منهم لم يزل مليا)[2]. أي المَذْهَب يعتبر اتصال اليسر إلىٰ القطع، وأَشْهَب يعتبر اتصال اليسر إلىٰ القيام عليه بما سرق، ويسقط إن أعسر بعد ذلك في الطلب عنه بما تقدم لعسره.

ووَجْه الأَوَّلِ الحديث: «إذا قُطِعَ السَّارِقُ فَلَا ضَمَان»[3]؛ يعني في المعسر.

---

(١) التهذيب (٤/٤٤٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٤٩).

(٣) الحديث تقدم تخريجه بصفحات.

ووَجْهُ الثَّانِي: أن اليسر والعسر إنما يعتبران عند الطلب.

قَوْله: (إذا اجتمع عدلان)[١]. أي لا تعارض لأن المثبت للحكم أولى من شهادة النافي لحكم القطع، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: إنه لا قطع لأن الاختلاف شبهة تسقط الحد، ولا يقطع بتقويم واحد لأنها شهادة ولا يقضى بشهادة رجل وإن قيل: إن ذلك من باب الإخبار، سُمع قولُ الواحد.

قَوْله: (من سفينة)[٢]. قطع لأنها حرز.

قَوْله: (فإن كان معها من يمسكها قطع). لأنها حينئذ في حرز، وأما إذا [٢٤٦/أ] أرسيت فهي في حرز، كان معها حارسٌ أوْ لا.

قَوْله: (وإن كان عديما). لأن القطع وإن كان سقط فلابد من الضمان البتة مع اليسر والعسر.

قَوْله: (سرق مسلم من حربي دخل بأمان، قطع). لأنه بالعهد قد صار معصوم الدم والمال كالذِّمِّي.

قَوْله: (وإن سرق الحربي بأمان). أي من مسلم قطع كما يقطع الذِّمِّي إذا سرق من مسلم لأن ذلك من الفساد.

قَوْله: (ويقيم أمير الجيش الحدود). خلافا لأبي حنيفة لا يرى ذلك، لأنه إنما يقيمها بموضع له به ولاية وسلطنة وليس ذلك له ببلاد العدو.

قَوْله: (أقوى له على الحق)[٣]. أي النظر عليهم فسرق بعضهم من بعض،

---

(١) التهذيب (٤/٤٤٩).

(٢) هذا إلى قوله: (ويقيم أمير الجيش الحدود) كله من التهذيب (٤/٤٥٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥١).




وكذلك لو سرقوا من أموال العدو لقطعوا ؛ لأنهم دخلوا بعهدهم كأهل الذمة .

قَوْله: (عوقب)[١]. أي عزر بقدر اجتهاد الإمام.

قَوْله: (لم يضرب للإفطار)[٢]. أي يعزره زائد على الحد (.) هذا الوقت.

قَوْله: (أو يفَرْقه)[٣]. إن خاف عليه الضعف عن ذلك في وقت واحد.

قَوْله: (أو جحد ذلك الإقرار أصلا أُقيل)[٣]. هذا المَذْهَبُ إن رجع إلى شبهة أو غير شبهة يقال فمن الشبهة أن يقول: زنيتُ، ثم يقول: لكن بجارية ابني، وسرقتُ، لكن مالَ عبدي، ولو شهد عليه بالفعل لم يكن له الرجوع.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا يقبل رجوعه إلا إلى شبهة ؛ ووَجْه الأَوَّلِ حديث ماعز: «هَلَّا رَدَدْتُموهُ لَعَلَّهُ يَرْجِعُ»[٤]، ووَجْهُ الثَّانِي أن المراد: لعلّه يرجع إلى شبهة.

قَوْله: (إذا أقر عبد)[٥]. يقطع بإقراره كما يقتل إذا أقرّ بالقتل.

قَوْله: (إذا عينوها)[٦]. يصير ذلك كالشهادة بالفعل فلا يصح الرجوع وكذلك الحد.

قَوْله: (فإن ادعى السَّيِّد أنها له، صدق مع يمينه)[٧]. لأن يدَ عبدِه يدُهُ،

---

(١) التهذيب (٤/٤٥١).

(٢) كذا، وفي التهذيب «وإن شرب خمرا في رمضان جلد للخمر ثمانين، ثم يضرب للإفطار في رمضان» (٤/٤٥١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥١).

(٤) تقدم تخريج حديث ماعز، ولم أقف على لفظ «هلا رددتموه»، وفي سنن أبي داود ومسند أحمد: «هلّا تركتموه، لعله أن يتوب فيتوب الله ﷻ عليه».

(٥) التهذيب (٤/٤٥١).

(٦) في التهذيب «إذا عينوا السرقة» (٤/٤٥١).

(٧) التهذيب (٤/٤٥١).




وقال أبو حنيفة: لا يقطع لأنه لم تثبت السرقة والقطع فرع ثبوتها.

قَوْله: (فصدقته)[١]. لا يلتفت إلىٰ قَوْلها ويكون للسيد بالحوز إلا أن يأتي الأجنبي ببينة أن ذلك له.

قَوْله: (حتىٰ يحتلم الغلام)[١]. لا خلاف في الحيض والاحتلام، وتزيد المرأة بالحمل والحيض، وأما النفاس ففرع الحمل، وفيها الإنبات، ولنا فيه قولان لأنه قد يسرع الإنبات في بعض الناس، وأما السن فقال الشَّافِعي: خمسة عشر، ولنا قول مثله، ولنا قول بثمانية عشر، ولنا ـ وهو المَذْهَب ـ أنه يرجع فيه إلىٰ العادة في الأقاليم فقد يكون الغالب في اليمن غير الغالب في الشام أنه السن الذي لا يبلغ إلا بعد الاحتلام.

قَوْله: (وقد أصغىٰ مَالِك إلىٰ الاحتلام)[١]. راغبا عن اعتبار الإنبات.

قَوْله: (بوَعيد)[٢]. أي (.) الوعيد فهذا لا قطع فيه لأنه لا شبهة.

قَوْله: (وإن تمادىٰ بعد زوال الإكراه)[٢]. فيسر أمرَه مخافة أن يكون ذلك الإقرار بسبب الإكراه، فإن تمادىٰ عليه بعد الأمن علم أنه إنشاء إقرار غير الأول.

قَوْله: (وعين السرقة)[٢]. بأن يقول وهذه السرقة.

قَوْله: (وإن أخرج السرقة أو القتيل في حال التهديد)[٢]. لأنه يحتمل أن يكون افتعالا وكذبا.

قَوْله: (لم أضمنه ما بقي)[٢]. أي إذا أقر بسرقة متاع ثم رجع عن إقراره سقط القطع وإن أتىٰ ببعض المتاع، لأن ذلك يحتمل أن يكون للإكراه فيؤخذ ما

---

(١) التهذيب (٤/٤٥٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٥٣).

أتى به بإقراره ولا يضمن غيره.

قَوْله: (قامت بينة بسرقة)[1]. أي بإقراره بها.

قَوْله: (قل ما سرقت)[2]. أي لا يقول له: «أسرقت» أو «ما سرقت»، كما يقول: «إن زنيت» أو «ما زنيت»، بل يقول له: أسرقت من حرز أم لا؟ محافظة على حق الآدمي.

قَوْله: (وإن كان الحر أمرا يعرف [٢٤٦/ب] خوفه)[2]. أي إنْ خِيف من الحر (.) كالبرد كان مثله لا يقطع فيه لأنه إنما عليه قطع يده لا إتلاف نفسه.

قَوْله: (والقطع داخل في النفس)[2]. لأنها تموت بموت النفس.

قَوْله: (إذ لا عفو فيها)[3]. بخلاف الآدمي يجوز له العفو عن القصاص.

قَوْله: (كما لو ذهبت يد القاطع بأمر من الله)[3]. وكما لو قتل ثم مات، وليس للمقطوع اليمين أن يطلب قطع اليسرى لعدم المماثلة.

قَوْله: (بقدر ما يخاف)[3]. أي على القطع.

قَوْله: (وكذلك الحد والنكال)[3]. أي التعزير.

قَوْله: (وكذبه فلان)[3]. لا يسقط القطع لأن فلانا متهم أنه أراد بذلك إسقاط القطع وهو حق لله.

قَوْله: (لم يقبل ذلك)[3]. إلا أن يأتي ببينة بما يدعي فيسقط القطع حينئذ.

قَوْله: (ومن سرق من بيت المال)[3]. هذا المَذْهَبُ، ولم ير لأحد فيه شبهة

---

(١) في التهذيب «قامت عليه بينة» (٤/٤٥٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٥٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥٤).

لأنه لا يتعين لأحد فيه شيء؛ لأنه للحاكم أن يدفع له مما شاء، وكذلك من المغنم لا يتعين لأحد منه شيء بعينه، ويدل علىٰ أن ذلك ليس بشبهة أنه تجوز له الشهادة لبيت المال وللمغنم، ولو كانت له شبهة لما قبلت شهادته، وعلىٰ هذا إذا زنىٰ بأمة من المغنم حد، وقال ابن الماجشون: لا يقطع في ذلك كله ولا يحد؛ لأن له فيه شبهة وكونها يسيرة أو غير معينة لا يسقطها إلا أن يسرق من المغنم زيادة علىٰ نصيبه بنصاب فيقطع.

قَوْله: (ولا تقطع أم الولد)[1]. لشبهتها في ماله، وكذلك المكاتب لأنه عبده ما بقي عليه درهم وأحكامه أحكام العبيد في كل شيء.

قَوْله: (إذا شُهد علىٰ أخرس)[1]. هذا إذا عرف الشهود عادته وفهموا إشارته كما يشهد المترجمون علىٰ العجم لمعرفتهم بلسانهم.

قَوْله: (ويعتق)[2]. أي السرقة.

قَوْله: (فلم يقطع حتىٰ ورثها فلابد من قطعه)[3]. لأن ذلك حق لله، وقال أبو حنيفة: لا يقطع نظرا إلىٰ المال، واتفقنا علىٰ أنه لو سرق نصابا من حرز ثم خرب الحرز بعد السرقة أنه يقطع نظرا إلىٰ الحال، وعلىٰ أنه لو زنىٰ بأمة ثم اشتراها فإنه يحدُّ، فَرّقوا بأنَّ الزنىٰ قد انقطع، والمسروق باق فهو في الحال قد صار غير مسروق، ولنا حديث صفوان أنه لما أتىٰ بسارق ردائه إلىٰ رسول الله ﷺ فأمر بقطعه فقال: «ما هذا أَرَدْتُ يا رسول الله»، فقال ﷺ: «فهَلَّا قبْلَ أنْ تَأْتِيَني بِهِ»[4]، قالوا: يمكن أن يكون السارق لم يقبل الرداء، وهذا بعيد ولو (.)

(١) التهذيب (٤/٤٥٥).

(٢) لم أقف عليه في التهذيب.

(٣) في التهذيب حتىٰ ورثها، أو اشتراها، أو وهبت له أو تصدق بها عليه، فلابد من قطعه (٤/٤٥٥).

(٤) الحديث رواه مَالِك في الموطأ كتاب الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان. وأحمد=




بالزنىٰ، ثم إن المقذوف زنىٰ فالحد ساقط عن القاذف لأنه صار غير عفيف، وقد قال عمر رضي الله عنه: «اللهُ أَكْرَمُ مِنْ أَنْ يَفْضَحَهُ في مرَّةٍ وَاحدة»[١] أي دل زناه علىٰ أن ذلك كانت عادته لأنه لا ينفضح أمر الزاني مرة واحدة.

قَوْله: (كان استودعه هذا المتاع لم يقطع)[٢]. لأنه ثبت أنه له.

قَوْله: (فإن كان يومَ القطع مليا)[٣]. يؤخذ من هذا الموضع أن يسر السارق إنما يعتبر في اتباعه بالسرقة إلىٰ يوم القطع فيتبع وإن أعسر بعد ذلك وأما إن أعسر قبل القطع فلا يتبع.

قَوْله: (وهذا مثل قول مَالِك في الشريكين)[٣]. يعني أنه لا يجوز أن يختص أحد الشريكين في دين يقبض نصيبه أو بعضه دون شريكه إلا بإذنه وذلك إذا كان دينهما من معاملة واحدة وفي كتاب واحد فإن كان لكتابين فقد قسماه بينهما وكذلك إذا كانت السرقة من شخصين فهي دين لهما علىٰ السارق، وهذه **مسألة فَرْق**؛ وذلك أنه قال في الشريكين في دين يعذر أحدهما إلىٰ صاحبه ويستأذنه في قبض نصيبه أو يستأذن الحاكم [٢٤٧/أ] فيأذن له ويأخذ حظه من الغريم وهو مليء بحظ الآخر ثم يجيء الآخر فيجده معسرا، فإنه لا يرجع علىٰ صاحبه، وقال في السارق هنا أن الغائب يشارك الأول فيما قبض (..) إنما كان ذلك لأن قبض

= في المسند، مسند القبائل، حديث صفوان بن أمية.

(١) الأثر ذكره ابن حجر في إتحاف المهرة، حرف العين، مسند أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وفيه: أتي عمر بن الخطاب بسارق، فقال: والله ما سرقت قبلها، فقال له عمر: كذبت ورب عمر، ما أخذ الله عبدا عند أول ذنب». قال ابن حجر: رواه ابن وهب في جامعه: عن سفيان الثوري، عن حميد، عن أنس، بهذا. وهوموقوف حكمه الرفع كتبته لصحة سنده. وروي معناه عن قرة بن عبد الرحمن، عن ابن شهاب، عن أبي بكر. وهو منقطع.

(٢) في التهذيب «هذا المتاع نفسه» (٤/٤٥٥).

(٣) التهذيب (٤/٤٥٥).

الأول لم يكن بحكم حاكم بل بفتوىٰ فلذلك أبطلت تلك القسمة.

وقيل: الفَرْق أن الشركة في المسألة الأولىٰ قد رضي بتأخير الغريم بحقه والمسروق منه الغائب لم يرض بتأخير السارق فالحاكم متعد في إبقاء حظ الغائب عنده فلذلك نقض قسمته.

قَوْله: (إلا أن يكون متهما)[1]. المدعىٰ عليه بالسرقة ثلاثة أضرب:

أحدهما (.)[2] فهذا لا يحلف بل يعزر من ادعىٰ عليه بذلك.

[الثالث][3] متهم بذلك ملطخ العرض فهذا يعزر ويحلف وعقوبته تحل ولولا ذلك طبق أهل الشر وازداد فسادهم.

والثالث المستور يحلف فقط وإن نكل غرم ولا قطع لأن أكثر الناس (.)[4] من اليمين وإن كانوا علىٰ صدق.

قَوْله: (أكرهها)[5]. هذا أيضا علىٰ ثلاثة أضرب كالأول والحكم الحكم فإن نكل حد.

قَوْله: (لم يقطع)[5]. لرجوعه ويغرم لإقراره ولو كانت عليه بينة بالسرقة لم ينفعه الرجوع.

---

(١) التهذيب (٤/٤٥٦).

(٢) غير واضح في المتن.

(٣) لعله قصد (الثاني)، لأنه سيأتي بعدُ قَوْلُه: والثالث المستور..

(٤) غير واضحة في المتن.

(٥) التهذيب (٤/٤٥٦).

كتَاب المُحَارِبين

قَوْله: (من أهل الذمة والمسلمين)(١). أما المسلم فلا خلاف فيه، وأما الذِّمِّي فإن كان في عهده شرط أن يجروا على حكم المسلمين إن حاربوهم فهم كالمسلمين، وعلى ذلك يحمل ما في الكتاب، وإلا فذلك منهم نقض للعهد ويصيرون كالحربي وللإمام استرقاقهم.

قَوْله: (ولم يقتلوا)(١). هذه مسألة مختلف فيها:

فالمَذْهَب أن الإمام مخير في قتله وإن لم يقتل، وقال الشَّافِعي وأبو حنيفة: لا يقتل إذا لم يقتل ولكن يبقى أو يقطع واحتجوا بالحديث: «لا قَتْلَ إلّا في ثلاثٍ: زنى بعد إحصان، [أو](٢) قتل نفسٍ، أو كفر بعد إيمان»(٣)، فحصر القتل في الثلاث.

ولنا عليهما ظاهرُ الآية.

قالوا: قد قرأ بعض الصحابة: {أنْ يُقتلوا إن قَتلوا}.

ولنا على الشَّافِعي أن تارك الصلاة يقتل حدًّا، فهذا رابع فبطل الحصر.

والمحارب ضربان: إما أن يقتل ولو عبدا، أو لا يقتل، فإن قتل تعين على

---

(١) التهذيب (٤/٤٥٧).

(٢) في المتن [اقتل]، والصواب ما أثبته.

(٣) الحديث رواه أحمد في مسنده بلفظ «لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: رجل كفر بعد إسلامه، أو زنى بعد إحصانه، أو قتل نفسا فيقتَل بها» مسند عثمان بن عفان، رقم ٥٠٩. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب السرقة، جماع أبواب ما لا قطع فيه، باب قطع الطريق.

الإمام قتله متىٰ قدر عليه، وإن لم يقتل فإما أن يظهر فساده ويكثر أو لا، فإن لم يظهر بل أخر إثر خروجه فهذا يخير الإمام في قتله، أو قطع يده ورجله من خلاف، أو نفيه. وقَوْله تعالىٰ: ﴿أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٣] بمعنىٰ الواو وهل يقتل أولاً ثم يصلب أو يصلب أولاً ثم يطعن بالرمح حتىٰ يموت؟ قولان. ونفيه: أن ينفىٰ من بلده إلىٰ بلد آخر ثم من ذلك البلد إلىٰ بلد آخر ولا يزال كذلك إلىٰ أن يموت حتىٰ تعرف توبته، وقيل ينفي إلىٰ بلد آخر ويحبس فيه وقيل يحبس ببلده كنفي المرأة لأنها عورة وكنفي العبد لأنه لا قرار له.

قَوْله: **(وليس للإمام أن يعفو عنه)**(١). لأن ذلك حق لله.

قَوْله: **(إلىٰ شعب)**(٢). موضع يقرب المدينة ويروىٰ أيضا بالعين المعجمة.

قَوْله: **(وقد كان ينفىٰ عندنا)**(٣). أي من المدينة.

قَوْله: **(بأشنع ما يراه)**(٣). أي من تقديم القتل ثم يصلب أو بالعكس.

قَوْله: **(ولم أسمع أن أحداً صلب)**(٤). أول من صلب وهذا المصلوب مرتد لأنه (.).

قَوْله: **(لا نفي علىٰ العبيد)**(٤). لأنهم لا وطن لهم إذ هم تبع للسادات.

قَوْله: **(وإن كان أقل من ربع دينار)**(٤). لأنه ليس كالسرقة بل هذه محاربة ولذلك قتل حيا بالعبد.

قَوْله: **(أو علىٰ أهل الذمة)**(٤). لأن مالهم معصوم.

---

(١) التهذيب (٤/٤٥٨).

(٢) في التهذيب «إلىٰ شغب» (٤/٤٥٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥٨).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٥٩).




قَوْله: (قبل أن يقدر عليه)(١). ينبغي إذا أراد التوبة أن يظهر [٢٤٧/ب] ذلك حتىٰ يعرف منه قبل أن يأتي إلىٰ الإمام ثم يأتي إليه فسئل عنه الناس، أما إن جاء أولا إلىٰ الإمام فلا يقتل لأنه لم يتب إلا بعد أن صار مقدورا.

قَوْله: (قتلوا كلهم)(١). خلافا للشافعي لا يقتل إلا المباشر ويرد من بقي.

قَوْله: (وقد قتل عمر ربيئة)(٢). هذا دليلنا.

قَوْله: (فإنه يضمن جميع المال)(٢). لأنه أعان علىٰ أخذه فصار بمنزلة من استبد بأخذه والظالم أحق بالحمل عليه.

قَوْله: (فهم بمنزلة الحملاء)(٣). يتحمل بعضهم علىٰ بعض بجميع المال فإذا لقي أحد أصحابه أخذ منه نصف ما أدىٰ.

قَوْله: (كالسرقة)(٤). أي أن الحد يسقط الضمان مع العسر يوم الحد وإن لم يكن حد بالتوبة قبل القدرة فإنهم يضمنون مطلقا للحديث: «إذا قطع السارق فلا ضمان»(٥) يعني في المعينة.

قَوْله: (لم يجز العفو هنا)(٦). للحديث: «إذا بَلَغَ الحَدُّ الإِمَامَ فَلَعنَ اللهُ الشافِعَ والمشَفِّعَ»(٧).

---

(١) التهذيب (٤/٤٥٩).
(٢) المصدر نفسه (٤/٤٦٠).
(٣) لم أقف عليه في التهذيب.
(٤) التهذيب (٤/٤٦٠).
(٥) الحديث تقدم في القطع في السرقة.
(٦) التهذيب (٤/٤٦٠).
(٧) الحديث رواه مَالِك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان. والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم ٣٤٦٧. والطبراني في الأوسط رقم=

قَوْله: (إذ لا يقتل مسلم بذمي)[1]. خلافا لأبي حنيفة.

قَوْله: (ترك ما كانوا فيه)[1]. أي لا تقبل توبته إذا أنشأها بعد وصوله إلىٰ الإمام لأنه إنما تاب بعد القدرة عليه، ولكن يتوب قبل ذلك ويشيعه ثم يجيء الإمام فإذا طالبه الإمام بمن يشهد له أقام البينة علىٰ ذلك.

قَوْله: (فلهن حكم الرجال)[1]. هذا إذا قاتلن أو فسدن أو أعن بأن تكون ريبة ونحو ذلك وكذلك نساء الحربيين.

قَوْله: (حتىٰ يحتلموا)[1]. أي فلا يكونوا صبيانا.

قَوْله: (وإن قطعوا الطريق إلىٰ مدينتهم)[1]. لا فَرْق بين أن يقطعوا طريق مدينتهم التي كانوا فيها أو غيرها من البلاد.

قَوْله: (بغير سلاح)[1]. لأنه قد يكون له من الضرر ما ليس لرب السلاح.

قَوْله: (إن كانوا عدولا)[1]. لأن شهادتهم في حق المسلمين ولا نقبل شهادة أحدهم في ماله أنه له بل يشهد علىٰ مال غيره ويشهد غيره علىٰ ماله ونقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يشهد لنفسه.

قَوْله: (فليرجع إليهم)[2]. لأن ذلك مال لا مَالِك له وإن لم يدعه إلا هذا، فصار كاللقطة يتملكها مدعيها إذا أخبر بصفتها لكن بشرط الضمان إن جاء من يدعيها بحجة أقوىٰ من ذلك ولا يؤخذ منه كفيل إلا أن يكون مجهولا، ولو شهد له شاهد بذلك فحلف معه دفع له ولم يضمن لأنه أخذه بوجه شرعي.

= ٢٢٨٤، وفي الصغير رقم ١٥٨.

(١) التهذيب (٤/٤٦١).

(٢) في التهذيب «فلتدفع إليهم» (٤/٤٦٢).




قَوْله: (فهم محاربون)[١]. لأنه لا فَرْق بين محاربتهم إياهم في أرض الإسلام أو في أرض العدو وبين أن يحاربوا مسلمين أو ذميين لأن أقوالهم معصومة كالمسلم.

قَوْله: (قتْلُ غِيلة)[٢]. أي يخدعه ويقتله خفية، أشار إلىٰ مذهب الشَّافِعي أن المحارب إذا قتل في حرابته فلا يجب علىٰ الإمام قتله لأن ذلك حق آدمي بل يجوز، لكن يجب عليه حد الحرابة سوىٰ القتل وعند مَالِك يجب قتله فعل ذلك إذا كان القاضي يرىٰ مذهبه فلم يقتله ثم عفا عنه أولياء المقتول سقط القتل، فإذا ولىٰ بعده حاكم آخر قال ابن القاسم لم ينقض حكم الأول لأنه حكم حاكم في مسألة فيها خلاف، وقال أَشْهَب: بل ينقض ذلك لأن ذلك خلاف ضعيف وليس علىٰ الحاكم أن يراعي كل خلاف.

قَوْله: (ومن دخل علىٰ رجل في حريمه فهو كالمُحارب)[٢]. هذا المَذْهَبُ، وقال ابن الماجشون: لا يكون المحارب إلا خارج البلد وهذا يعزر فقط.

قَوْله: (أدبه الإمام)[٢]. لأنه افتات عليه ولا يقتل به لأنه قتل غير معصوم.

قَوْله: (وجهاد المحاربين جهاد)[٢]. لأنهم أضر من الكفار ففي جهادهم من الأجر والثواب ما في ذلك.




---

(١) التهذيب (٤/٤٦٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٦٣).

كتاب
الرجم في الزنى(١)

إذا اجتمع في الزاني ثمانية [٢٤٨/أ] شروط فلا خلاف في حده: الإسلام، والعقل، والبلوغ، والعلم بتحريم الزنى، وعدم الإكراه، وأن يزني بآدمية، وأن تكون حية، وأن تكون مطيقة للوطء.

أما العقل فلا خلاف فيه.

وأما المراهق ففيه قولان هل حكمه حكم البالغ أو لا؟

وأما العلم بالتحريم فقيل لا يعتبر لأن ذلك حكم قد اشتهر بين الناس فلا يعذر أحد بجهله، وقيل إذا كان قريب عهد بالإسلام عذر، وفي حديث عثمان «أن امرأةً قَرِيبَةَ العهْدِ بالإِسْلَامِ ذكرَتْ لهُ أنَّ مُسْلِماً زنى بها (.) فلَمْ يَحُدَّها»(٢)، وأفتى سحنون فيمن أسلم فلم يصل مدة حتى علم بوجوب الصلاة فقال: لا قضاء عليه، وأما الكافر فالمَذْهَب أنه لا حد عليه في الزنى لأنه ليس مخاطبا بالفروع، بخلاف السرقة فإنه يقطع لأن ذلك من الفساد، وقال المغيرة: يحد لكن لا يرجم بل يحد حد البكر، وقال ربيعة إن زنى بكافرة لم يتعرض له، وإن زنى بمسلمة فإنه ناقض للعهد فيصير كالحربي للإمام رقه إن شاء أو قتله.

---

(١) في التهذيب كتاب الحدود في الزنا (٤٠١/٤).

(٢) لم أقف على الحديث بهذا اللفظ، ولعله يريد ما روى عبد الرزاق في مصنفه، عن ابن عيينة، عن الوليد بن عبد الله، عن أبي الطفيل، أن امرأة أصابها جوع، فأتت راعيا، فسألته الطعام، فأبى عليها حتى تعطيه نفسها قالت: فحثا لي ثلاث حثيات من تمر، وذكرت أنها كانت جهدت من الجوع، فأخبرت عمر فكبر، وقال: مهر مهر مهر، كل حفنة مهر، ودرأ عنها الحد. كتاب الطلاق، باب الحد في الضرورة.




وأما الإكراه فأما على الزنى المرأة أو غيرها فإن أكرهه غيرها فلا ينبغي له الإقدام، وإن قتل لأنه وإن أسقط حق الله بالإكراه فيبقى حق المرأة فإن أقدم فهل يحد أو لا؟ قولان، وجهُ ألاّ حدَّ الحديثُ: «إن الله تجاوَزَ عن أُمَّتِي الخَطَأَ والنِّسْيَانَ ومَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْه»[1]. ووجه الحد أن انتشاءه وتلذذه مناف للإكراه فهو كالمختار، والصحيح أن الإكراه لا يسلب عنه الحبلة، وأما المرأة فإن كانت مختارة وجب عليها الحد، وإن كانت مكرهة فلا حد عليها قولا واحدا. والفَرْق أنها وعاء للفعل ليست بفاعلة، وأما إن أكرهته المرأة فيجوز له الإقدام، لأنه قد ذهب حقها وحق الله ولا حد عليه هذا قولا واحدا لأنه فعل ما يجوز له.

وأما البهيمة فلا حدّ فيها لأن ذلك لا يشتهى طبعا لكن يعزر. وقيل: يحد لأنه فرج محرم شرعا وقد اشتهاه هذا طبعا، فالتحقت بالآدمية.

وأما الميتة فإما أن تكون زوجته أو أجنبية؛ فإن كانت زوجته فلا حدّ لأنه وطء بشبهة، وقيل: يحد لأنه بالموت صارت أجنبية بدليل أنه يجوز له تزويج أختها وخامسةٍ، فلم تكن شبهة وإن كانت أجنبية فقيل الحد لأنه فرج محرم شرعا مشتهى طبعا كالحية ولأن حرمتها كالحية، وقيل لا يحد بل يعزر لأن هذا كلا وطء بدليل أنه لا صداق، وهي في حكم المغصوبة والمكرهة (.) الصداق وإذا لم يكن صداق فلا حد، وكما لا يقطع لو قطع يدها لعدم المساواة ومن شرط القصاص المساواة.

وأما الصغيرة فقيل لا يحد لأن ذلك جرح لا وطء، وقيل بل يحد لأنه قد تمتع بها.

---

(١) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإيمان، باب جامع الأيمان من حنث ناسيا ليمينه أو مكرها عليه. وابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.

قَوْله: (إذا شهدت عنده بينة)[١]. لابد أن يكونوا مجتمعين على المَذْهَب، ولنا قول شاذ أنه يصح مع الافتراق كسائر الحقوق وهو قول الشَّافِعي، فعلى المَذْهَب لو شهد ثلاثة بالزنى وأرادوا أن يكملوا أربعة حدوا ودليلنا حديث عمر لما شهد عنده ثلاثة بالزنى والرابع لم يشهد بمعاينته حد الثلاثة من غير أن يسألهم عن تكميل النصاب[٢].

ومن جهة المعنى أن غرض الشرع في ذلك الستر. قالوا هذا منقوض عليكم بأنه لم يحصل الستر بحد الشهود، قلنا إنما المراد ستر الزنى حَسْبُ. وأيضا فإن حد الشهود أهون من حد الزنى لأنه قد يكون قتلا. قالوا: ينبغي أن تفصلوا فتقولوا: إن كان [٢٤٨/ب] محصنا، ولم تقولوا ذلك.

قَوْله: (يقبل قول الزاني: إنه بكر)[٣]. يعني إذا كان مجهولا فلا يعرف ذلك إلا من جهته، وكذلك إذا ادعى أنه عبد وإن كان محصنا لم يقبل لأنه يتهم أنه يفر من الرجم إلى العبودية (.) لا يتهم أن يفر من خمسين جلدة إلى العبودية.

قَوْله: (ولا يجوز في الإحصان شهادة النساء)[٣]. لأنه من حقوق الأبدان.

قَوْله: (لم يرجم)[٤]. وقال في موضع آخر في المرأة أنه لا يقبل قَوْلها في ذلك فقيل هذا اختلاف في مقال وفي كل مسألة منها قولان بالنقل والتخريج. وقيل: هو اختلاف في حال وأراد في المرأة أن ذلك مع طول المدة الذي يبين معه كذبها وأراد في الرجل أن ذلك مع قصد المرأة وقيل: لأن المرأة يبعد منها

---

(١) التهذيب (٤٠١/٤).

(٢) الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب الشهادة في الزنى. وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يشهد على نفسه أكثر من أربع شهادات.

(٣) التهذيب (٤٠١/٤).

(٤) المصدر نفسه (٤٠٢/٤).




أن تكتم ذلك من جيرانها وأما الرجل فيمكن منه كتمه لأنه عيب فيه.

قَوْله: (ولا يجتمع الجَلد والرّجم)[١]. هذا للعمل ووقع في مسلم حديث بالجمع[٢]، وبه أخذ الشَّافِعي، وأبو حنيفة لا يرىٰ التغريب لأنه زيادة علىٰ نص الكتاب، والزيادة عنده علىٰ النص نسخ ولا ينسخ المتواتر إلا بمثله وهذا خبر آحاد. قلنا: عدم التغريب لم نفهمه من دليل، بل من عدم الدليل عليه ولا يكون النسخ إلا فيما ثبت بدليل.

قَوْله: (ولا نفي علىٰ النساء)[٣]. لأن ذلك يزيد في فسادها ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تغرب كالرجل فتحبس في البلد الذي تنفىٰ إليه سنة من يوم وصولها إليه لا من يوم النفي وأجرة نفيها من مالها إن كانت موسرة وإلا فمن بيت المال وكذلك الرجل، وأما العبد فإنه لا وطن له ولأنه لو نفي تضرر سيده بذلك.

قَوْله: (سجن الزاني سنة ثم يخرج)[٤]. وإن لم يتب بخلاف المحارب لا يخرج حتىٰ يتوب ويعلم ذلك قيل في المحارب أنه ينفي من بلد إلىٰ بلد تعذيبا له وإذا (.)[٥] البلاد نفي من حيث جاء من بلد إلىٰ بلد هكذا إلىٰ أن تعلم توبته.

قَوْله: (علىٰ من أحصن بنكاح)[٦]. شروط الإحصان: الحرية، والإسلام، والعقل، والبلوغ، وأن يكون بنكاح صحيح يطؤ فيه وطأ مباحا، فإن كان العقد

---

(١) التهذيب (٤/٤٠٢).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنىٰ، عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم».

(٣) التهذيب (٤/٤٠٢).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٠٣).

(٥) غير واضح في المتن.

(٦) المصدر نفسه (٤/٤٠٣).

فاسدا والوطء صحيحا كالنكاح صداقه خمرا أو خنزيرا فإذا دخل صح فيكون الوطء صحيحا وعكسه أن يكون العقد صحيحا ثم يطأ في الحيض أو الاعتكاف أو الإحرام.

قَوْله: (فلورثته القيام بذلك)(١). لأن من مات عن حق فلورثته خلافا لأبي حنيفة لأن الحدود عنده لا تورث وأيضا فإنهم يتأذون من ذلك ومن آذىٰ مسلما أدب ولو آذىٰ عبده لزمه شرعا التعزير، ومن مات عن حد فلا يقسمه الورثة بل يقام كله إذا طلبه بعضهم كالشُّفْعَة يطلب بها بعض الورثة فإنما يأخذ بالجميع أو يترك لضرر التشقيص، ولأن الإجماع إنما يكون بالحد كله لا بالبعض.

قَوْله: (فلا قيام لهم)(١). لاحتمال أن يكون قد ترك، والحدود تدرأ بالشبهات فالورثة بخلاف الموروث في ذلك لأنه يتوصل منه إلىٰ أنه لم يترك يمينه.

قَوْله: (ومن قتل وله أم وعصبة)(١). إذا كان الورثة في درجة واحدة كالإخوة والبنين فمن طلب العفو منهم لزم الباقين وإذا اختلفت درجتهم واختلفوا فثلاثة أقوال:

من طلب العفو منهم لزم. وقيل: من طلب القصاص لزم. والمَذْهَب التفصيل: الاعتبار بقول الأقرب، فلذلك قدم هنا قول الأم وورثتها بمنزلتها لأنهم أحق بالتشفي من الأبعد.

قَوْله: (فلا حد عليه)(٢). لأنه صدق في قَوْله يا زان، لكن يعزر لأن من آذىٰ مسلما [٢٤٩/أ] أدب.

قَوْله: (في قذف هؤلاء الزُّناة)(٢). أي المتقدمي الذكر.

(١) التهذيب (٤/٤٠٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٤).

قَوْله: (يحدون كلّهم)[1]. لأنهم ثلاثة فلم يثبت الزنىٰ فهم قذفة لأن المقذوف عفيف ولا تزول العفة إلا بأربعة وإن كان بعد الحكم حد الراجع دون من بقي لأنه حين رجع غير عدل فلا ينقض الحكم لأنه حكم صحيح، كما لا يرتفع الطلاق الواقع بالحكم لرجوع أحد الشاهدين به، فلو كانوا ستة ورجع اثنان قبل الحكم لم يحد الراجعان لأن الزنىٰ قد ثبت بالأربعة، ولو رجعا بعد الحكم فثلاثة أقوال: قيل: يحد الراجعان لأنهما كذبا الأربعة وأنفسهما، وقيل: لا يحدان لأن الزنىٰ ثابت، وقيل: إن قالا كذبنا نحن والأربعة حدوا وإن لم يكذبا الأربعة لم يحدا.

قَوْله: (وكانت الدية في أموالهم)[1]. ولا يقتص منهم لأنهم غير مباشرين بالقتل بل الحاكم هو المباشر وقال أَشْهَب: يقتلون لأنهم ألجؤوا الحاكم إلىٰ ذلك بشهادتهم.

قَوْله: (حُدَّ الشهود اجمعون)[1]. لأنهم ثلاثة والعبد مباشر لشهادته بخلاف المسخوط لأن هؤلاء أربعة والإمام أخطأ في المسخوط.

قَوْله: (علىٰ عاقلة الإمام)[2]. فإن لم تكن له عاقلة فمن بيت المال.

قَوْله: (وإن علموا ففي أموالهم)[3]. لأنهم غروا الحاكم إذ لم يقولوا إن هذا عبد، والعبد معذور في الوجهين لأنه لم يرجع وإنما يشهد بما علم.

قَوْله: (ففي ماله خاصة)[4]. كغير الحاكم وقد قيل لا شيء عليه.

---

(١) التهذيب (٤/٤٠٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٥).

(٣) في التهذيب «وإن علموا فذلك علىٰ الشهود في أموالهم» (٤/٤٠٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٠٥).

قَوْله: (**لا تجوز شهادة الأعمىٰ**)(١). لأنها متعذرة لأنه إن أدرك ذلك بالحس فيلزمه أن يمسك بيده علىٰ ذلك حتىٰ إلىٰ الحاكم.

قَوْله: (**ثم تبيّن أن أحدهما عبد**)(١). لو تبين أنهما عبدان نقض الحكم لأنه تبين الخطأ قطعا لأن حال العبد لا يخفي بخلاف المسخوط لأنه لا يخفي حاله فلا ينقض الحكم في المسخوطين.

قَوْله: (**أصابوه مجْبوبا**)(١). فيه تفصيل إن كان جب قبل البلوغ فلا شيء علىٰ من قذفه وإن كان بعد البلوغ فعليهم الحد، لأنه يتأذىٰ بذلك لإمكان وقوع الزنىٰ منه وأما الأول فلا يتأذىٰ لأنه لا يمكن وقوع الزنىٰ منه فلا تعزير علىٰ قاذفه.

فقَوْله: (**مع وجيع الأدب**)(٢). هذا لمكان القتل وعلىٰ قول أَشْهَب: يقتلون به.

قَوْله: (**فماتوا أو غابوا**)(٢). لأنه لا يقدح شيء من ذلك في عدالتهم.

قَوْله: (**البينة تبدأ بالرجم**)(٢). وجهه أن ذلك إنما ثبت بهم فإن كانوا غير محققين هانوا الاقدام علىٰ الرجم وفي الأقران يقدم الإمام لأن الناس يستندون إليه في ذلك، وروىٰ مَالِك العمل علىٰ خلاف ذلك.

قَوْله: (**يحني**)(٢). ويروىٰ: «يحثوا».

قَوْله: (**لا يصلي عليه الإمام**)(٣). هذا للردع لغيره إلا أنه ﷺ صلىٰ علىٰ ماعز لأنه علم توبته وقال: «لقد تاب توبة لو قسمت علىٰ أهل الأرض لوسعتهم»(٤)، وهذا إنما يعلم بالوحي.

---

(١) التهذيب (٤/٤٠٥).
(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٦).
(٣) المصدر نفسه (٤/٤٠٧).
(٤) الحديث تقدم.




قَوْله: (فإن لم يأتيا ببينة حدّا)[1]. هذا في غير الطارئين ويصدق الطاريان لتعذر البينة عليهما، وعند الشَّافِعي التصديق مطلقا.

قَوْله: (ولا حد على الصغيرة)[2]. وعليه الحد لاستمتاعه ولأنه فرج محرم مشتهى وقيل: لا يحد لأن ذلك جرح لا وطء لكن يعزر.

قَوْله: (فلا حدّ عليها)[3]. لأن ذلك ليس جماعا معتبرا.

قَوْله: (فعليها الحد)[3]. لأن وطأه كالصحيح ولا يحد ولأنه غير مكلف.

قَوْله: (ويحد قاذف المجنون)[3]. لأنه يتأذى بذلك إذا أفاق.

قَوْله: (بذمّية حدّ)[3]. وفي العكس لا يحد، وقال المغيرة يحد حد السكر. [٢٤٩/ب]

قَوْله: (الحد والصداق)[3]. وقد يسقطان فيما إذا وطء جارية ابنه لشبهة الملك وقد يثبت الصداق فقط إذا وطء أجنبية بشبهة أنه ظنها زوجته، وعكسه إذا زنى بامرأة طائعة.

قَوْله: (لا يعذر بذلك أحد)[3]. لأن حرمة الزنى في الإسلام قد اشتهرت عند أهل الأديان وكذلك لو زنى بجارية استأجرها للخدمة خلافا لأبي حنيفة في جعله ذلك شبهة.

قَوْله: (ولم يأخذ مَالِك بالحديث)[4]. وأخذ به أصبغ لقرب العهد بالإسلام ومدعوش اسم راع زنى بامرأة من السبي.

---

(١) التهذيب (٤/٤٠٨).

(٢) ليس في التهذيب، بل فيه «ومن زنا بصغيرة يوطئ مثلها ولم يحصن فعليه الحد» (٤/٤٠٨).

(٣) التهذيب (٤/٤٠٨).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٠٩).

ووَجْه الأَوَّلِ أن ذلك كان في أول الإسلام علىٰ عهد عثمان ولم يكن التحريم كشهرته الآن.

قَوْله: (وهو يعلم)[1]. أي أنها حرة والبائع ينكر فهنا يجتمع الحد والنسب وتخرج عن ملكه بإقراره بالحرية ولا يصدق فيحد.

قَوْله: (علىٰ ظهره)[1]. لأنه أحمل للضرب عليه والعمل وقد قيل يفَرْق الضرب علىٰ جميع أعضائه إلا الوجه فإنه تشويه والفرج لأنه مقتل.

قَوْله: (ولا يمد)[1]. أي لا تمد يداه.

قَوْله: (فأعجبه ذلك)[2]. لما فيه من الستر وينبغي أن يجعل تحتها تراب أو رماد ليخفي فيه ما يخرج من الحدث ولا يراه أحد.

قَوْله: (ضم الضارب يده إلىٰ جنبه)[2]. يعني أن يحد السوط إليه علىٰ موضع الضرب لأن ذلك أنكىٰ له ولكن يرفع يده به عن موضع الضرب.

قَوْله: (إلا أن يعلم صحة ما أنفذ)[2]. وإلا فلا يجوز ذلك أن تطيعه وإن أكره علىٰ ذلك.

قَوْله: (في وقت واحد علىٰ وطء واحد)[3]. وإذا كان في وقت واحد فهو في مكان واحد وإنما قال ذلك تنبيها علىٰ مسألة الزوايا علىٰ قول أبي حنيفة[4]، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ لابن الماجشون: أنه يجوز في أوقات كسائر الحقوق، ووَجْه الأَوَّلِ الفَرْق بأن قصد الشارع هنا الستر.

---

(١) التهذيب (٤/٤٠٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤١٠).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤١١).

(٤) هي التي سيذكرها بعدَ هذا عند قَوْله «انه زنا»




قَوْله: **(وعوقب الرابع)**[1]. اعترض وقيل بل ينبغي ألا يعاقب، لأنه لم يشهد بزنىٰ بل هو معصية ولا يعذر لأنه قد ثبت بالثلاثة هذه المعصية وإن لم يثبت بهم الزنىٰ.

قَوْله: **(وقالوا لا نزيدك علىٰ هذا)**[1]. أي قالوا للحاكم إنما نشهد بهذا فقط.

قَوْله: **(إنه زنىٰ)**[1]. وأبو حنيفة يوجب الفعل الواحد ومع ذلك أوجب الحد في مسألة الزوايا إذا شهد كل واحد من الشهود أنه زنىٰ بها في زاوية غير الزاوية التي يشهد بها الآخر من البيت وقال يمكن إن رجعت به.

قَوْله: **(وتجوز الشهادة علىٰ الشهادة في الزنىٰ)**[1]. في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يشهد أربعة بأعيانهم علىٰ الأربعة الأصول أي علىٰ كل واحد حكما للفرع بحكم الأصل.

الثاني: أن يشهد اثنان علىٰ كل واحد من اثنين، واثنان علىٰ اثنين، والفرع أربعة أيضا، ولو شهد اثنان أو ثلاثة علىٰ الأربعة لم يصح لأنهم أقل من الأصل ولا واحد علىٰ كل واحد لأنه لا يثبت نقل الشهادة بالواحد. ابن الماجشون لابد من أربعة علىٰ واحد ثم أربعة اخرىٰ علىٰ آخر هكذا إلىٰ تمامهم فيكون الفرع ستة عشر.

قَوْله: **(وواحد علىٰ شهادة واحد لم يجز)**[2]. لأنه لا يكفي في نقل الشهادة أقل من اثنين.

قَوْله: **(حتىٰ يشهد علىٰ الرابع اثنان)**[3]. فهذا تلفيق من الشهادة علىٰ الروية

---

(١) التهذيب (٤/٤١١).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤١٢).

(٣) في التهذيب «حتىٰ يشهد اثنان علىٰ شهادة الرابع» (٤/٤١٢).

والشهادة علىٰ الشهادة كسائر الحقوق.

قال الشيخ: ينبغي ألا يجوز هذا في الزنىٰ بخلاف سائر الحقوق لأنه يثبت بها الحق بالشهادة واليمين.

قَوْله: (في موضع واحد)(١). تحرز من مسألة الزوايا. [٢٥٠/أ].

قَوْله: (تشهد أنك زان)(٢). إن أقام بينة علىٰ ما قال بقي الكلام من المقذوف مع فلان الذي حكي عنه والآخر، وفَرْق بعضهم بين قَوْله له: سمعت فلانا يقول: إنك زان، وبين قَوْله: يا زان سمعت ذلك من فلان، ولا فَرْق بينهما علىٰ المَذْهَب، فقال في الأول يحلف علىٰ ذلك ويبرأ (.)(٣) وفي الثاني لا يقبل قَوْله ويحد لأنه قذفه أولا ثم أراد رفع ذلك بقَوْله سمعت.

قَوْله: (فليشهد به)(٤). كسائر الحقوق للآدميين.

قَوْله: (وإن لم يشهداه)(٤). لما في ذلك من الحق لهما أو لأحدهما ولا يرفعان ذلك إلىٰ الحاكم ابتداء كما يفعل في الشهادة بالطلاق والعتق.

قَوْله: (فليعذر الشاهدان إليهما)(٥). أي يقولان لهما اصطلحا وإلا فنحن نشهد عليكما بما سمعنا.

قَوْله: (قذفَ آخَرَ)(٥). فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يستأنف الحد من الآن ويلغي ما مضىٰ.

---

(١) التهذيب (٤/٤١٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤١٢).

(٣) غير واضح بسبب البتر لعله «إن حلف».

(٤) التهذيب (٤/٤١٢).

(٥) المصدر نفسه (٤/٤١٣).




والثاني (.) الأول ثم يحد حدا آخر للثاني.

والثالث إن كان مضىٰ جل الأول تمم ثم حد للثاني حدا آخر.

ولو قذف جماعة فثلاثة أقوال؛ المَذْهَب يحد حدا واحدا للجميع، الثاني يحد لكل واحد حدا، الثالث إن قال: يا زناة فجمعهم في كلمة واحدة حد حدا واحدا، وإن أفرد كل واحد بقذفه حد لكل واحد حدا وإن حد واحدا مرارا فلا خلاف أنه حد واحد إذا لم يحد قبل ذلك إنما الخلاف إذا قذف غير واحد.

قَوْله: (حد له ثانية)[١]. لا خلاف في هذا إنما الخلاف إذا اجتمعت الحدود قبل الاستيفاء.

قَوْله: (جاز ما لم يبلغ الإمام)[٢]. لأنه حقه فإذا بلغ الإمام فإن أراد المقذوف سترا جاز عفوه وإن لم يرد سترا فقولان يجوز لأنه حق له ولا يجوز لأنه حق لله أيضا.

قَوْله: (حتىٰ يحد)[٣]. لأن الأصل العدالة فلا تزول إلا بعدم الشهود علىٰ نفي عفة المقذوف وبالحد، وقال ابن الماجشون: بنفس القذف يفسق ولا يزول الفسق إلا بالشهادة.

ويبنىٰ علىٰ ذلك فرع: لو شهدا علىٰ رجل أنه طلق زوجته ثلاثا وأنه وطئها بعد ذلك فعلىٰ قول ابن القاسم يقع الطلاق، وإذا حد الشهود بالقذف فسقوا ولم يرتفع الطلاق لأنه وقع حال عدالتهم. وعلىٰ قول ابن الماجشون: لا تقبل شهادتهم لأنه بقَوْلهم يقع الفسق فلا يقع الطلاق ولا حد عليهم لأنه إنما وطء زوجته.

---

(١) التهذيب (٤/ ٤١٣).

(٢) التهذيب «جاز عفوه» (٤/ ٤١٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/ ٤١٣).

قَوْله: (وكذلك إن عفا عنه)[1]. أي لا يفسق أيضا خلافا لابن الماجشون يفسق بنفس القذف.

قَوْله: (جُلِدَ جلدا واحدا)[1]. لاتحاد الموجب كمن بال ومسّ، وأحدهما حق لله، والثاني حق لآدمي.

قَوْله: (حد الزنى وحد القذف)[2]. لاختلاف العلة والمعلول، لأن أحدهما لله مائة والثاني لأدمي ثمانون وقيل يحد مائة وتغني كما يدخل الوضوء في الغسل.

قَوْله: (فأجازه مَالِك مدة ثم رجع عنه)[3]. هذا إذا لم يرد المقذوف سترا فإن أراد فيقبل عفوه اتفاقا.

قَوْله: (حتى تضع)[4]. لئلا يؤدي ذلك إلى قتلها وليس علينا إلا الجلد.

قَوْله: (ولم تؤخر)[4]. لأنه لابد من موتها فلا فائدة في تأخيرها، وإن لم يكن لها زوج وهي محصنة فتحد الآن، وإن أمكن أن تحمل لأنه لا مراعاة لنطفته وإن كانت ذات زوج لم تحد حتى تستبرأ لأن لنطفتها حرمة وإذا تبين الحمل كانت له حرمة مطلقا.

قَوْله: (فقالت: إني حامل)[4]. أي إن ظهر حملها أخرت لحرمته بالحياة وما يقرب منها.

قَوْله: (منذ شهرين)[4]. يقال: إن الحمل يبقى نطفة أربعين يوما ثم علقة أربعين ومضغة أربعين [٢٥٠/ب] ثم يخلق فيها الروح فهذه أربعة أشهر وإذا كان

---

(١) التهذيب (٤/٤١٤).

(٢) في التهذيب «حد الزنى حد القذف» (٤/٤١٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤١٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤١٥).




من شهر ونحوه فله الحرمة.

قَوْله: (لم ينظر إلىٰ قَوْلهن)[1]. لأن حكمه ثبت بالدخول فلا يرتفع بشهادة النساء وقيل يكثر من النساء حتىٰ يبلغن حد التواتر فيرفع الأول لأنه أقوىٰ، وقيل: يعرض علىٰ الرجال الأطباء وهذه ضرورة لمكان النفس.

قَوْله: (ألا ترىٰ أن البكر)[1]. احتج بأن قرينة إرخاء الستر دلت علىٰ قول الزوجة من النساء، ومع ذلك لم يصدق النساء فأحرىٰ ألا يرفع ما ثبت بالرجال بالنساء، وكذلك في العنين إذا ادعت عدم الوطء وأنها بكر وادعىٰ الزوج الوطء لإرخاء الستر فالمَذْهَب أنه يصدق ولا تطلق عليه ولا يلتفت إلىٰ النساء، وقيل: يسمع من النساء وتطلق.

قَوْله: (نفىٰ الولد بلا لعان)[1]. لإقرار الأم بأنه ليس منه وإنما استبرأها وقد صدقها الزوج علىٰ ذلك.

وقيل: لا ينفي إلا بلعان لحق الولد، وكذلك المغصوبة توافق الزوج أن الولد ليس منه في نفيه إياه بلا لعان قولان إلا أن المَذْهَب هنا لا ينفي إلا بلعان، والفَرْق أنه لا لعان علىٰ الزوجة هنا في الزنىٰ لأنه غصب فيتهم في كون الولد منه، بخلاف الأولىٰ عليها عار في دعوىٰ الزنىٰ فكانت أقرب إلىٰ الصدق.

قَوْله: (لأن مَالِكا)[1]. احتج بهذه وفيها أيضا القولان.

قَوْله: (فلا ينفيه هنا إلا بلعان)[1]. لا خلاف في هذه.

قَوْله: (وكذلك لو نفاه ولم يدع استبراء)[1]. فيها قولان وقد اعترض علىٰ ابن القاسم بالثاني واحتج بمسألة فيها أيضا القولان.

---

(١) التهذيب (٤/٤١٦).

قَوْله: (إلا أنها كانت حاملا)[1]. فيها ثلاثة: أقوال أحدها يلاعن لسقوط الحد ويلحق به الولد لإقراره بالحمل.

وقيل: يلحق به الولد لإقراره ويحد لقذفه.

وقيل: يلاعن وينفي عنه الولد والحد وهذا أشكلها، ووجهه أنه إنما أقر بالحمل قبل رؤية الزنىٰ فلما تحقق عدم العفة ساغ له إنكاره.

قَوْله: (وحد العبد في الخمر والسكر والفرية أربعون)[1]. هذا هو المَذْهَب، وقيل في الفَرْق هو كالحر ثمانين بل هو أحرىٰ لأن مرتبته دون مرتبة المقذوف لأنه حر وإذا كان الحر المساوي لحد أربعين فأحرىٰ العبد.

قَوْله: (وإن كان قد طلق زوجته)[1]. أما إن أوقع واحدة حال الرق فذلك نصف طلاقه فلم يمكن التكميل وبقي له واحدة فقط.

قَوْله: (وما تظالَمَ أهلُ الذمة)[2]. لابد من الحكم بينهم فيما هو من جنس التظالم إذا رفعوه إلينا، وما ليس من التظالم فالإمام مخير في الحكم أو ردهم إلىٰ أساقفتهم وهذا أولىٰ لما في الحكم من الافتيات عليهم.

قَوْله: (قتل به)[2]. لأنه مساوٍ له، ولو أسلم بعد القتل قتل لأن القتل وقع حال المساواة، وكذلك العبد يقتل عبدا ثم يعتق فإنه يقتص منه.

قَوْله: (إن سرق)[2]. لابد من قطعه لأنه من الفساد وفي الزنىٰ قولان.

قَوْله: (فماتت من جِماعه)[2]. هذا خطأ إلا أن يعلم أنه يؤدي إلىٰ ذلك فهو عمد.

---

(١) التهذيب (٤/٤١٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤١٨).

قَوْله: (**فعليه ما شانَها**)[١]. وقال بعد في الزانية طائعة ليس عليه ما شانها، وهو مشكل لأنها طائعة في الموضعين، فكأنه لما حد هناك سقط الأرش كالصداق، وصفة التقويم أن تُقدّر كأنها أمة فيقوم سليمة وبالعيب وتؤخذ تلك النسبة من الدية فيغرمها إن كانت دون الثلث من ماله.

قَوْله: (**ونحا بها ناحية الجائفة**)[٢]. [٢٥١/أ] وفيها ثلث الدية؛ أي نسبة ذلك لما كان في داخلها بالجائفة.

قَوْله: (**مع ما شانها**)[٣]. لأنهما فعلان وإن كان أحدهما مبينا للثاني.

قَوْله: (**ففيه الحد**)[٣]. المَذْهَب أنه زنى يوجب (.)[٤] والصداق وحد الزنى، ووجهه أنه قد قال بعض العلماء بأنه جائز وقال ابن القصار بأنه (.)[٤] حده يرجمان معا.

قَوْله: (**وقد جعله الله وطئاً**)[٥]. أي سماه فاحشة كما سمى الزنى فاحشة.

قَوْله: (**يحد**)[٦]. أي لا تحد هي لأنها غير مكلفة.

قَوْله: (**فإنه يحد**)[٧]. لأنها باقية عتقها اذا لم يكن ذلك بالنسبة إليها زنى.

قَوْله: (**فعليه الحد**)[٧]. لأن ذلك وإن كان قبل البلوغ بحد عليها صارا بخلاف الصبي لا يحد (.) لأنه لا عار عليه في ذلك عرفا بل يعد شطارة بخلاف

---

(١) التهذيب (٤/٤١٨).

(٢) في التهذيب «وقد جعل فيها بعض الفقهاء ثلث الدية على عاقلته، ونحا ناحية الجائفة» (٤/٤١٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤١٩).

(٤) غير واضح في المتن.

(٥) المصدر نفسه (٤/٤١٩).

(٦) في التهذيب «فحدّ» (٤/٤١٩).

(٧) المصدر نفسه (٤/٤١٩).




المرأة قبل البلوغ فلذلك حد من قذفها ولم يحد من قذف الصبي.

قَوْله: (حنث)[1]. لأن النكاح في الدبر وطء بلا شك مساو له إطلاقا.

قَوْله: (لا يطأها)[2]. وإذا حنث لزمته الكفارة في ذمته.

قَوْله: (أيسقط عنه الإيلاء)[3]. أي ويبقىٰ كمن امتنع من وطئها بغير يمين.

قَوْله: (فيما دون الفرج)[3]. أي قد يسمىٰ وطئا فيحنث به وتلزمه الكفارة، لكن لما لم يكن وطيا حقيقة أمره بالكفارة ليزول عنه الإيلاء؛ لأنه يزول بأمرين: بالوطء الصحيح وبالكفارة.

قَوْله: (فكيف إذا كفر للإيلاء)[3]. أي بعد أن أوقع ما يشبه أن يكون وطئا.

قَوْله: (لم يحد)[4]. لأنهما علىٰ ذلك عاهدونا، وأما إذا أعلنوا الزنىٰ وشرب الخمر فليكفوا لما فيه من الفساد.

قَوْله: (وكيف يشهد الشهود إلا كذا)[5]. أي يجوز لهما ذلك حتىٰ يقيما الشهادة.

قَوْله: (وأصل الناس علىٰ الحرية)[6]. لأنهم من (.) حرا، والرق طارئ علىٰ الحرية.

قَوْله: (ومن يعرف البصري والشامي)[7]. يعني بالمدينة، وكذلك البلاد

---

(١) التهذيب (٤/٤١٩).

(٢) لم أقف عليها في التهذيب.

(٣) التهذيب (٤/٤٢٠).

(٤) في التهذيب «لم يحدّا» (٤/٤٢٠).

(٥) المصدر نفسه (٤/٤٢٠).

(٦) في التهذيب «وأصل الناس عند مَالِك الحرية» (٤/٤٢٠).

(٧) التهذيب (٤/٤٢٠).

المتباعدة بعضها من بعض.

قَوْله: (وأرى أن يحد له)(١). ولا يؤخر؛ لأن ذلك يطرق الإسقاط لحدود الله.

قَوْله: (أُقِيد منه)(١). أي اقتص لأنه اعترف بالعمد، ولا بأس أن يقيم السَّيِّد على مملوكه حد الزنى أي كلما كان جلدا، وأصله الحديث: «إذا زنت أمةُ أحدِكُم فليَجْلِدْهَا ثمَّ إِذَا زَنَتْ فَلْيَجْلِدْهَا ثمَّ إذَا زَنَتْ فلْيَجْلِدْهَا ثم إذَا زَنَتْ فَبِيعُوهَا وَلَوْ بظَفِيرٍ»(٢).

قَوْله: (وأما السرقة فلا)(٣). لأنه يتهم أنه أراد به المثلة فيعين عليه.

قَوْله: (وإن شهد بها عند السَّيِّد عدلان)(٣). حسماً للباب، ولما في ذلك من الافتيات على الأئمة ولذلك يعاقب.

قَوْله: (فلا يقيم عليها الحد)(٣). لأن ذلك حق لزوجها دونه إن كان له عبدَان إذا جرحَ أحدهما الآخر أو قتله فالحق له فإن شاء عفى وإلا رجع أمره إلى الحاكم.

قَوْله: (لأن ماله جرح ماله)(٤). أي بأخذ القصاص من الثاني إضرار بما بقيَ من ماله.

قَوْله: (إذا كان (.)(٥) علينا). أنها أقوى طيرانا وأسرع فيأخذ صاحب السريعة مالَ الآخر.

---

(١) التهذيب (٤/٤٢١).

(٢) الحديث تقدم تخريجه.

(٣) التهذيب (٤/٤٢١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٢٢).

(٥) كلمة غير واضحة في المتن، والذي في التهذيب «يقامر» (٤/٤٢٢).



قَوْله: (لم ينتظر)[1]. لأن ذلك يؤدي إلى إبطال الحقوق.

قَوْله: (حد جميعهم)[1]. لأنه لم يثبت الزنى، وبهذا يعلم أن قصد الشرع في هذا الستر.

قَوْله: (ولا تبطل شهادتهم بالزنى)[1]. أي لا يقال أنهم مخاصموه بطلب حده إذ قذفهم لأن قذفه إياهم كان بعد أن شهدوا عليه بالزنى أما لو كان قذفهم قبل ذلك لم تقبل شهادتهم عليه بالزنى.

قَوْله: (رفعه إلى قاضيه)[1]. هذا المَذْهَبُ كما فعل عمر، وقيل لا يجوز لأن قاضيه لا يمكن أن يرده.

قَوْله: (أو ثبت أنه [٢٥١/ب] كتابه)[1]. أي بالشهادة على حكمه ولا يلتفت في ذلك إلى الشهادة على الخط.

قَوْله: (ووصل الكتاب إلى من ولي بعده)[2]. [لأنه][3] لا يكتب إلى معين، ولو عيّن قاضيا لم يتعين.

قَوْله: (ولاة المياه)[4]. أي ليس لهم أن يحكموا في هذا الخطير.

قَوْله: (إلا بالفسطاط)[4]. أي لم يكن في غيرها من الديار المصرية والٍ يحكم في ذلك تعظيما له.



(١) التهذيب (٤/٤٢٣).
(٢) المصدر نفسه (٤/٤٢٤).
(٣) ما بين المعقوفين مبتور جله، وما أثبته يفيده المعنى.
(٤) التهذيب (٤/٤٢٤).

كتاب القذف

قَوْله: (أو يكونا طارئين)(١). أي يقبل قَوْلهما ولا يقبل من غيرهما لإِمْكَان أن يقيما البيّنة، والشَّافِعي يصدق الجميع.

قَوْله: (حد ثمانين)(١). وهو أحرم بذلك لنقضه.

قَوْله: (ومن تزوج خامسة)(١). كل ما ثبت تحريمه بالكتاب ففيه الحد، ونفي النسب كالمطلقة ثلاثا، وما ثبت تحريمه بغير قاطع ففي الحد وإلحاق النسب قولان كنكاح المرأة على عمتها أو خالتها؛ فوجه سقوط الحد أن ذلك ثبت بالظن فهو شبهة يسقط الحد، وإذا وجب الحد انتفى النّسب ولم يحد قاذفها لثبوت الزنى عليها وانتفاء العفة.

قَوْله: (لا يجتمع الحد مع النسب)(٢). إلا في مسائل منها: أن يشتري أمة يعلم أنها حرة فيطأها فتأتي منه بولد فإنه يلحق به لعدم علمها ويحد لإقراره بالحرية.

قَوْله: (وإن أتى بامرأة)(٣). لو أتى بامرأتين يحلف معهما على المَذْهَب لما في ذلك من (.)(٤).

قَوْله: (فإن نكل)(٥). حلف الواطئ وقضى له بها ودرئ عنه الحد.

هذه مسألة فَرْق: وذلك أنه لو وجد ليلا معه متاعا فقال أخذته من دار فلان

---

(١) التهذيب (٤/٤٦٥).

(٢) في التهذيب «إذ لا يجتمع الحد وثبات النسب» (٤/٤٦٦).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٦٦).

(٤) غير واضحة في المتن.

(٥) التهذيب (٤/٤٦٦).

وهو لي ثم أنكره فلان فقال حلفوه أنه ليس لي فنكل فإنه هنا يحد، ولو أقر صاحب الدار أنه له حد لأنه يتهم أنه أراد إسقاط الحد، والفَرْق أنه لم تجر العادة بأخذ الوديعة سرا وجرت بالنكاح سرا.

قَوْله: (**فعلى الرجل والمرأة الحد**)(١). أي إذا لم يكونا طارئين.

قَوْله: (**غير الولي**)(١). لأنه لا يشهد على فعل نفسه.

قَوْله: (**حتى تستبرأ من ذلك الماء**)(١). لأنه من زنى واستحسن في الكسوة لأنه ليس ذلك من كريم الأخلاق.

وقَوْله: (**بعد أشهر**)(١). كالسنة ونحوها.

قَوْله: (**هذا قريب**)(٢). أي فترد، وإنما وجه قول مَالِك بالاستحسان إذا مضت أشهر.

قَوْله: (**إذا وطء أحد الشريكين**). اعلم أن الشبهة تارة تكون في المحل كهذا، وتارة تكون في (.) كما إذا وطء أمة ابنه، وتارة في طريق الوطء مثل نكاح المتعة فلا حد في شيء من ذلك لأنه شبهة.

قَوْله: (**وهو عالم**). إذا كان عالما عزّر وكان آثما، وإن كان جاهلا لم يعزر ولا يأثم.

قَوْله: (**ويخير الشريك**). لئلا يعود مرة أخرى فيطأها وتكون القيمة يوم الوطء، لأنه يوم التعدي بخلاف من أعتق شركاء له في عبد فيقوم عليه نصيب شريكه يوم الحكم.

---

(١) التهذيب (٤/٤٦٧).

(٢) من هذا إلى قوله: (يوم حملت) كله من التهذيب (٤/٤٦٨).

والفَرْق أن هذا تصرف في حظه بما يجوز له وإنما يقوم عليه، لأنه تضمن فعله ضررا علىٰ شريكه وفي الأول تصرف في ملكه وملك غيره فهو متعد.

قَوْله: (ولا صداق). لشبهة الملك.

قَوْله: (ولا ما نقصها). يعني بأن تكون بكرا أو ثيبا إلا أنه (.).

قَوْله: (لأن القيمة وجبت له فتركها). أي وهي قد تضمنت الأرش، وقال في الثوب يبليه الغاصب باللبس أن المغصوب منه بالخيار بين أن يضمنه القيمة، وبين أن يأخذ أرش النقص، وإن كان قد ترك القيمة فيلزم من هذا أن يكون له قول ثان في المسالة المتقدمة. وقال أَشْهَب: بِها إذا تماسك فله أرش النقص.

قَوْله: (فلابد أن تقوم عليه يوم حملت). [٢٥٢/أ] وقيل: يوم الوطء، ووجه الوطء أنه سبب الحمل، ووجه الحمل أنه به يتحقق التفويت؛ لأنه صارت به أم ولد.

قَوْله: (ولا شيء عليه من قيمة ولده). لأنه قد لزمه التقويم فولده إنما تحلق علىٰ ملكه.

قَوْله: (خُيِّر شريكُهُ). لصدق اتباعه مع العسر.

قَوْله: (واتبعه بنصف قيمة الولد). يعني الوضع لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك ولما كان مخيرا في التقويم تحلق نصف الولد علىٰ ملك الشريك فكان له نصف قيمته ولا خلاف أن الولد حر لأنه وطء بشبهة وقيل: لا يتبعه بنصف قيمة الولد، ووجهه أنها لما حملت تبين أنه يوم الوطء تحلق علىٰ ملك الواطئ.

قَوْله: (يوم حملت). وقيل يوم الوطء.

قَوْله: (وبيع ذلك النصف)[1]. كان ينبغي (.) ملك الواطئ النصف الباقي أن تكون كلها لحساب أم الولد صح أن تباع في ذلك لكن لا يباع منه إلا بقدر قيمة نصفها يوم الحمل فإن اختلفت القيمة مع الثمن وساوىٰ ثلثها القيمة لم يبع منها إلا ثلثها وكان الثلثان منها بحساب أم الولد ويبقىٰ نصف قيمة الولد يتبعه به دينا لا يؤخر فيما بقي من نصف الأمة؛ لأن ذلك دين آخر، وإنما كان نصفها كالرهن في قيمته فقط فيختص به ذلك الدين، ولا يدخل عليه دين آخر.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه يأخذ بالباقي نصف قيمة الولد لأنه دين نشأ عن وطئه فلا يكون شيء من نصفها الثاني بحساب أم الولد حتىٰ يفرغ الدين.

قَوْله: (ولو ماتت هذه الأمة)[2]. ارتفع بالموت التخير وتعين علىٰ الواطئ نصف قيمتها مع نصف قيمة الولد.

قَوْله: (ثم وطئها المتمسك بالرق قبل التقويم). لأن ذلك إنما يكون بالحكم لا بالسّراية.

قَوْله: (لأن حصته في ضمانه). أي لو هلكت قبل التقويم كانت منه.

قَوْله: (ولا صداق عليه). لشبهة الملك، **(ولا ما نقصها)**. لأنها بالطوع قد أسقطت حقها.

قَوْله: (بلا صداق). لأن حكم المعتق بعضها حكم الأمة القن بدليل أنها إذا قتلت فهي كالأمة.

قَوْله: (إنما عليه نقصها). لأنها كالمال.

---

(١) التهذيب (٤/٤٦٨ ـ ٤٦٩).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (برضاها) كله من التهذيب (٤/٤٦٩).

قَوْله: (يكون بينها وبين السَّيِّد). بنصفين الثاني هو للسيد كلّه كقتلها الثاني يبقىٰ سيدها مشتركا بينهما لا يجوز له انتزاعه إلا برضاها كقتلها لأنها مقسومة بينهما.

قَوْله: (بين أن يسلم نصفها). فيبيعها المجني عليه بنصف الجِنَايَة ويملك نصفها.

قَوْله: (فجميعه يكون موقوفا بيدها كالفوائد). أي ما يوهب لها وليس كالغلة لأنها لم تمتهن لأجل صداقها كمالٍ وُهب لها.

قَوْله: (برضاها). لما فيها من الحرية.

قَوْله: (لزم ذلك شريكه)[١]. من هذه المسألة يؤخذ أن عتق الباقي بالسراية لقَوْله ليس لشريكه عتق حصته.

قَوْله: (لحد الواطئ)[٢]. لأنه في الإعسار لا يعتق الباقي لا بحكم ولا بسراية.

قَوْله: (فالعتق ماض)[٣]. لأنه فرط في تأخيره.

قَوْله: (فلا حد عليه). لشبهة الملك والمكاتب عبد بقي عليه درهم.

قَوْله: (وعليه ما نقصها). لأنها صارت كالأجنبية ولا صداق لها لشبهة الملك.

قَوْله: (فلها صداق واحد). لأنه في وطئه يستند إلىٰ العقد الأول ولا حد عليه إن جهل ويلحق به الولد، وإن علم حد ولم يلحق الولد به، ولو قال لامرأة:

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٠).

(٢) يريد قَوْله «ولو وطئها الآخر بعد علمه بعتق المليئ..» التهذيب (٤/٤٧٠).

(٣) من هذا إلىٰ قوله: (فلها صداق واحد) كله من التهذيب (٤/٤٧٠).

إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها ووطئها فالمَذْهَب أن لها صداقا واحدا. وقال أبو حنيفة: ونصف المسمىٰ [٢٥٢/ب] لأنها بالعقد طلقت قبل الدخول وصداق المثل للوطء، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بمثله.

قَوْله: (لم يحد)[١]. أي والصداق هو الأول.

قَوْله: (كمن وطء بعد حنثه). لأنه مستند إلىٰ العقد الأول.

قَوْله: (لم يحدّ). لشبهة الملك.

قَوْله: (وتعتق ساعتئذ). لأنها صارت بالحمل أم ولد وقد حرمت عليه فإنها من ذوات محارمه وأم الولد ليس له فيها إلا الاستمتاع فإذا حرمت عتقت ولو لم تحمل كان له بيعها.

قَوْله: (أحدهم زوجها). لأنه قد رماها بالزنىٰ وقد جعل له الشرع اللعان فليس بشاهد يبقىٰ الشهود ثلاثة فيحدون.

قَوْله: (حد للقذف)[٢]. لأنه لا يصح الرجوع عنه لأنه حق لآدمي بخلاف الزنىٰ يصح الرجوع عن الإقرار به إلىٰ شبهة وإلىٰ غير شبهة، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا يقبل رجوعه إلىٰ غير شبهة.

قَوْله: (لا يكشف)[٣]. أي لا يستفسر عن الكيفية.

قَوْله: (ولا يقدر أربع مرات)[٤]. خلافا لأبي حنيفة يقدره أربعا قياسا علىٰ الشهادة، ولنا قَوْله ﷺ: «اغْدُ يا أُنيس عَلَىٰ زَوْجَةِ هذا فإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[٥]

---

(١) من هذا إلىٰ قوله: (أحدهم زوجها) كله من التهذيب (٤/٤٧١).

(٢) في التهذيب «حد للزنا وللقذف» (٤/٤٧٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٢).

(٤) في التهذيب «ولا يقر أربع مرات» (٤/٤٧٢).

(٥) الحديث تقدم تخريجه في كتاب القسم.




ولم يقل فإن اعترفت أربعا.

قَوْله: (**فإن لم يقم بيّنةً بالنكاح حدّ**)[1]. هذا إن لم يكونا طارئين.

قَوْله: (**وكذلك الجدّ**)[1]. لا يحدّ في أمة ولد ولده لشبهَةِ المِلْكِ أيضا.

قَوْله: (**في رفع القود**)[1]. أي إذا قتل ابنه واحتمل أن يكون غلطا لم يقتص منه، وإن كان الأجنبي لا يناول ذلك في حقه.

والفَرْق أن الشبهة التي في الأب محملة على أنه لم يرد قتله وذلك مفقود في الأجنبي إلا أن يبين أنه تعمد ذلك فيقتل بالابن، خلافا للشافعي لا يقتل به مطلقا والأم كالأب والجد ما علت كالأبوين في ذلك.

قَوْله: (**ترد ابتداء إلى سيدها**)[2]. أي قبل الوطء فإن وطء وجب عليه التقويم حملت أو لا؛ لأنها لو لم تقوم ثبتت عارية الفروج؛ لأنه قد أحالها له، بخلاف وطء الشريك فإنه وإن تمسك بها فإن شريكه لم يحملها له فلا تثبت عارية الفُروج.

قَوْله: (**فيدرأ عنه الحد بالشبهة**)[3]. خلافا لسائر الأئمة لا يرون ذلك شبهة، ووجه قول مَالِك أن عطاء بن أبي رباح كان كريما وكان يحلّ إماءه لأضيافه.

قَوْله: (**لم يحد**)[4]. لأن الكافر غير مخاطب بالفروع، ولو قيل أنه مخاطب فالإسلام يجبّ ما قبله.

قَوْله: (**بذمّيةٍ، حُدَّ**)[4]. لا فَرْق بين المسلمة والذِّمِّية في ذلك.

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٣).

(٢) في التهذيب «ترد أبداً إلى سيدها» (٤/٤٧٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٧٤).

قَوْله: (فعليه الحد)[1]. كالذِّمِّية، وقال ابن الماجشون: لا يحد لشبهة الملك؛ لأنه لو سرقها وخرجت معه إلىٰ بلاد الإسلام كانت ملكا له بخلاف الذِّمِّية لو أرادت الخروج منه لم يصح له تملكها.

قَوْله: (يحكم به في بدنه)[1]. لأنه لا يتهم علىٰ هذا، بخلاف أن يكون ذلك في ماله فإنه يتّهم علىٰ إخراج المال عن سيده، وقال أَشْهَب: لا يقبل إقراره مطلقا لأن ما في بدنه يتلف مال سيده.

قَوْله: (فليس لسيد العبد المجروح إلا القصاص)[1]. لأنه لا يتهم حينئذ، أما إذا استحياه ليتملكه فلا يقبل للتهمة، ولو أقرّ بأنه قتلٌ خطأ لم يقبل لأنه يرجع إلىٰ المال.

قَوْله: (بُدئ بما هو لله)[1]. لأنه آكد إذ لا يصح فيه العفو. وقولنا: حق الله مبني علىٰ المسامحة؛ هذا في الحقوق المالية كالكفارة.

قَوْله: (فإن كان فيه محتمل)[2]. أي احتمال للحدّين معا.

قَوْله: (لأن القطع يدخل في القتل)[3]. لأن المراد منه إماتة اليد، ولا يتبع بقيمة السرقة إن كان معدما أي يوم القطع.

قَوْله: (بعد السرقة)[3]. أي بعد القطع.

قَوْله: (إلا أن [٢٥٣/أ] يعلم أن هذا المال كان له يوم سرق)[2]. أي فيكون موسرا يوم القطع أما لو أيسر بعد ذلك فلا يتبع به لأن اليد لم يترك قطعها بل دخل قطعها في القتل.

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٤).

(٢) في التهذيب «فإن كان فيه محملُ» (٤/٤٧٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٥).

قَوْله: (ولا يجلد)[1]. لأن الحقين لله فتداخلا.

قَوْله: (إلا حد القذف)[1]. فإنه يقام قبل القتل لحق المقذوف لتشفيه به ولأنه يلحقه العار إن لم يحد له.

قَوْله: (فعلى الفاعل والمفعول الرجم أحصنا أو لم يحصنا)[1]. الأصل في ذلك قَوْله ﷺ: «من فعل فعل قوم لوط فارجموه»، وفي حديث آخر: «فاقتلوه»، وفي رواية: «فارْجُموا الفاعِل والمفعول أحصنا أو لم يحصنا»[2].

وقال الشَّافِعي: هو كالزنى فلا بد فيه من شرط الإحصان وإلا فحده الجلد كالزنى، وقد سماه تعالى فاحشة وهي الزنى وقال أبو حنيفة: لا حد فيه لكن يعزر لأنه لم يصح عنده الحديث قال: ورجم قوم لوط إنما كان لكفرهم لا لهذا بدليل أنه سوى بين النساء والصبيان في ذلك وقَوْله: «من فعل فعل قوم لوط فاقتلوه»، أي من الكفر وأصله ألا تقاس الحدود لأن القياس لابد فيه من المساواة بين الفرع والأصل، ولا مساواة هنا لأن في الزنى اختلاط الأنساب.

وقد حكى أبو حامد في الوسيط عن الشَّافِعي قولا شاذا أنه يجوز في المملوك.

قَوْله: (ولا صداق في ذلك)[3]. بخلاف الزنى لأنه في صورة قد توصل إليه بالصداق وهذا لم يحل في صورة من الصور.

قَوْله: (لم يرجم)[4]. لأن الإكراه يسقط الحرج والصبي غير مكلف.

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٥).

(٢) الحديث رواه ابن ماجة في السنن، كتاب الحدود باب من عمل عمل قوم لوط، عن ابن عباس أن رسول الله قال: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به».

(٣) التهذيب (٤/٤٧٥).

(٤) من هذا إلى قوله: (من غل أحرق رحله) كله من التهذيب (٤/٤٧٦).




قَوْله: (أقيم عليه حد الزنىٰ). هذا المَذْهَبُ أنه زنىٰ، وقال ابن القصار: هو لوط فيرجمان[١].

قَوْله: (فعليه المهر). لأنها كالزنىٰ وقد أجازه بعض العلماء من الزوجة إلا أنه في الزوجة لا حد عليه للشبهة لكن يعزر.

قَوْله: (ومن أتىٰ بهيمة، لم يحد). وقال ابن شعبان: يحد لأنه فرج محرم شرعا وقد اشتهاه هذا طبعا[٢].

قَوْله: (ولا تحرق البهيمة). خلافا لمن قال ذلك من العلماء، وقال الشَّافِعِي تقتل حذرا من أن تحمل منه ولابد من حده هو وقد وجد التولد بين الأجناس المختلفة كالبغل من الحمار والفرس والسبع من الذئب والضبع ولا بأس بأكل لحمها خلافا للشافعي.

قَوْله: (من غل أحرق رحله). وروىٰ «رجله»، ولم يثبت عند مَالِك.

قَوْله: (يا لوطي)[٣]. أي القذف في نسبته إلىٰ الزنىٰ أو اللوط أو نفي نسبه وهو ضربان: صريح ولا خلاف فيه، وتعريض وهو عند مَالِك كالتصريح خلافا للشافعي، كما خالف التعريض بالنكاح تصريحه في العدة.

ولنا أن التعريض بالنكاح في العدة جائز، والتعريض بالقذف ممنوع اتفاقا فلا يقاس علىٰ الجائز اتفاقا.

قَوْله: (كل ما لا يقام فيه الحد فليس فيه حد الفرية)[٣]. مفهومه أن حد الفرية في كل ما فيه حد وينتقض بالسرقة وشرب الخمر.

---

(١) انظر التوضيح (٨/٢٣٢).

(٢) حكاه خليل عن كتاب شعبان، انظر التوضيح (٨/٢٣٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٧).

وقَوْله: (وليس له أن يحلف المقذوف)(١). أي لا يمنع (.) إلا على العفة حتى يثبت خلافها.

قَوْله: (فحلال له أن يحده)(١). من هذا لردع بعض الناس عن ذلك، وقيل ليس له حده لأنه صادق في قذفه، وقيل بالتفصيل فإن علم بأنه زنى فليس له حده، وإن علم أنه لم يعلم بذلك فله حده لأنه متعد.

قَوْله: (أنه قال لفلان يوم الخميس: يا زان)(٢). المَذْهَب تلفيق الأقوال لأنه قد اجتمع الشاهدان على وقوع مطلق الزنى، وقيل: لا يلفق لأنهما قاذِفان لتعدد الزمان فعلى كل واحد منهما شاهد فلم يثبت [٢٥٣/ب] واحد منهما، وكذلك الطلاق والعتاق لنا في ذلك ثلاثة أقوال في التلفيق.

أحدها: تلفق الأقوال والأفعال؛ وجهه أنها تفيد مطلق ذلك المعنى كما ثبت كرم حاتم تواترا بأفعاله المختلفة المفيدة لذلك ومثله شجاعة علي رضي الله عنه.

والثاني لا يلفق شيء منها لأن أحدهما غير الآخر، وشرط الشهادة أن تجتمع الشهادات على شيء واحد.

والثالث التفصيل؛ تلفق الأقوال لأنه وإن احتمل الثاني الإنشاء فيكون غير الأول والخبر فيكون الأول محمله على الخبر أولى لأنهما قد اجتمعا على الطلقة الواحدة فهي المحققة، ولابد من الأفعال لأنه لا يكون الثاني خبرا البتة، وهذا مذهب الشَّافِعي عدم التلفيق، واتفقنا على التلفيق في الإقرارات إذا شهد أحدهما بإقراره له بدينار يوم السبت والثاني بذلك يوم الأحد، والفَرْق أن الطالب لا يطلب إلا دينارا واحد فتبين أن الثاني [تأكيد](٣) للأول وخبر عنه لا إنشاء.

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٧٨).

(٣) في المتن: تأكيدا، والصواب ما أثبتناه.




قَوْله: (طلقت عليه)[1]. والمحقق أن يكون الثاني أخبر عن الأول فتقع طلقة واحدة.

قَوْله: (لم تطلق عليه)[1]. إذا حنث بفعلهما معا لأن الفعل الذي وقف على الطلاق مختلف وبه يقع الحنث لا بالشرط الذي هو قول والأفعال لا تلفق.

قَوْله: (أنه شج فلانا موضحة)[1]. لما تضمن الشهادة على الفعل هنا الإقرار صار ذلك كإقرارين قوليين فلفقنا، والخصم يقول ليس الإقرار بذلك كمعاينته فلا يلفقان ونظيره لو شهد أحدهما بأنه غصب والثاني بأنه أقر عنده بالغصب.

قَوْله: (أنه ذبح فلانا ذبحا)[1]. هذان لا يجتمعان البتة.

فقَوْله: (فالشهادة [باطلة])[2]. ليس على إطلاقه بل إذا طلب بها المشهود له وادعاهما لم يلتفت لأنهما يجتمعان، لكن إن كذب أحدهما وحلف مع الثاني أقسم مع ذلك خمسين يمينا واقتص.

قَوْله: (في مجلس واحد)[3]. فيها ثلاثة أقوال:

المَذْهَب: حد واحد، والثاني: حدود بعددهم لتعدد حقوقهم، والثالث: إن كان جميعهم في كلمة فحدٌّ، أو في كلماتٍ فحُدودٌ على عدد الكلمات حتى لو جمع بعضهم في كلمة وجب لهؤلاء حد واحد.

قَوْله: (أو صاحب الشرطة)[4]. يعني الوالي أو الحرس يعني صاحب الليل لأن هؤلاء حكام.

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٨).
(٢) في المتن [باطل]، والصواب ما أثبته من التهذيب (٤/٤٧٨).
(٣) ليس في التهذيب «واحد» (٤/٤٧٩).
(٤) التهذيب (٤/٤٧٩).




قَوْله: (فيجوز فيه العفو)[1]. لأنه حق خالص للمقذوف بخلاف حد القذف فيه حق لله فإن كان من أهل العفاف إن (.) أخذه الحاكم بالقول فقط وإن كانا قسيسين (.)[2] الرامي وإن كان وضيع لرفيع أدبه أكثر من الذي قبله وإن كان العكس لم يؤدبه ويجافي عنه وهذا كله فيما فيه التعزير مما ليس بقذف وهو سائر المسببات بين الناس.

قَوْله: (طائرة)[3]. أي (..) منه.

قَوْله: (الذي للناس)[4]. كالجراحات والقتل.

قَوْله: (يا مخنثا)[5]. الغالب في استعماله أن يراد به المابون كالعلق الذي يفعل به فلذلك يحد إلا أن يحلف أنه أراد به المخنث والتكسر في أقواله وفعاله كالمرأة فلا يحد.

قَوْله: (لم تجز شهادتهم)[6]. لأن الحد ليس لهم.

قَوْله: (فإنه حد وجب)[6]. لأنه قد بلغ الإمام.

قَوْله: (دُرئ الحد)[6]. هذا إن لم يحكم به، أما إن حكم فإنه ينفذ على المَذْهَب، وقيل: لا ينفذ ولا يؤخذ في هذا كفيل لأنه لا يفيد إذ لا يحد بذلك.

قَوْله: (لم ينتظر)[7]. مخافة سقوط الحقوق ثم جاء بالبينة زال فسقه.

---

(١) التهذيب (٤/٤٧٩).

(٢) غير واضح في المتن لعلها «أدِّب».

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٩).

(٤) التهذيب (٤/٤٨٠).

(٥) في التهذيب «يا مخنث» (٤/٤٨٠).

(٦) المصدر نفسه (٤/٤٨٠).

(٧) المصدر نفسه (٤/٤٨١).

قَوْله: (فإنهم يحدون)[1]. لأن قذفه أولا لا يكون شاهدا إلا أنه يتهم أن يريد إسقاط ما لزمه من الحد فبقي الشهود ثلاثة فيحدون.

قَوْله: (حلف صاحب [٢٥٤/أ] **المتاع واستحقه)**[1]. قال أَشْهَب: ثبوت ذلك له فرع عن ثبوت السرقة، وذلك أن يصح بعد، ووَجْهُ المَذْهَب أن هذا حق مالي فصح باليمين والشاهد وثبت أنه أخذ له ذلك وإلا حد غير السرقة وللاستحقاق فرع عن أخذه ماله وغصبه إياه.

قَوْله: (فعليه الحد)[2]. لأنه يتهم أنه لما قذفها بقَوْله زنيت.

أراد أن يدفع عن نفسه الحد بقَوْله وأنت صبية بالنظر إلىٰ قَوْله زنيت هذا قاذفا وبالنظر إلىٰ كلامه كله هو معرض للزنىٰ وكذلك قَوْله يزنيان، ثم قال في حال الكفر.

قَوْله: (قذفاً)[2]. أي (.) ولم يرجعه في اللفظ كما تقدم.

قَوْله: (لم ينفعه)[2]. لأن هذا الذي أثبته ليس بزنىٰ والذي قذف به زنىٰ ولم يثبت له ذلك.

قَوْله: (لم يحد)[2]. لأنه أثبت ما هو زنىٰ وفيه عار عليهما ويحدان به.

قَوْله: (ويحد للأجنبية)[2]. لأن ذلك عار عليها وزنىٰ في الحقيقة وإن لم تحد به للإكراه وقيل يحد مطلقا لأنه إما قاذف أم معرض.

قَوْله: (وإن لم يلحقها اسم الزنىٰ)[3]. لأنها يزني بها لا (.)[4]، فإذا أتىٰ

---

(١) التهذيب (٤/٤٨١).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٨٢).

(٣) في التهذيب «لم يلحقها بالاستكراه اسم الزنىٰ» (٤/٤٨٣).

(٤) غير واضحة في المتن، لعلها «دانية».




بالبينة علم أنه إنما أراد الإخبار بذلك لا القذف.

قَوْله: (علم)[1]. أي لما أتى بالبينة تبين أنه أراد أن يخبر بذلك لا بالزنى آخر.

قَوْله: (ومن عرّض)[1]. أي التعريض يقوم مقام التصريح في ذلك مثل أن يقول لها ليست أمي بزانية ولا يقبل أنه أراد تزكية نفسه لأنه كان له عن هذا المدح الخاص مندوحة بأن يمتدح بغيره.

قَوْله: (قاذفا حين تكلم بذلك)[2]. هذا معلوم ولا فائدة في التنبيه عليه.

قَوْله: (متمحيا)[3]. أي قاصدا إليه أن يمحوا ويعفوها ما ارتكب من الذنب بقذفها.

قَوْله: (كان لولده)، ما سفل، (ولأبيه)، ما علا، (أن يقوموا بذلك)[4]. لأن من مات عن حق فلورثته إلا أن هؤلاء أقرب الناس إليه فالعار بهم أشد فمن قام منهم بذلك أخذه ومن ترك فلمن بقي منهم الأخذ بجميع الحد لا ينتقض كالشُّفْعَة إذا تركها بعض الورثة فلمن بقي الأخذ بجميعها لا بالبعض كذلك الحد لا يتبعض لأن الإيجاع لا يحصل إلا بالكل فإن عفي هؤلاء لمن بقي الأخذ فإن سكتوا فلمن بقي من العصبة كالأخ والعم (.) فإن عفوا سقط وإن سكتوا كان لأهل المواريث الباقين الأخذ كالأخت والجدة.

قَوْله: (فليس للأجنبي)[5]. أي لا تقوم الزوجة بذلك ولا الزوج لأنهما أجنبيان.

---

(١) التهذيب (٤/٤٨٣).
(٢) المصدر نفسه (٤/٤٨٣).
(٣) وفي التهذيب «متمحيا» (٤/٤٨٣).
(٤) المصدر نفسه (٤/٤٨٣).
(٥) المصدر نفسه (٤/٤٨٤).

قَوْله: (وأما الغائب)[1]. إن كانت غيبته قريبة كتب إليه الحاكم وإن كان بعيدا فلا يحد وقيل يحد لما يلحق قرينه من العار.

قَوْله: (فعليه الحد)[1]. لأن هذا ليس بزنىٰ إذ هو بشبهة.

قَوْله: (فلا حد عليه)[1]. إذ لا عار علىٰ الصبي بخلاف الصبية فإن عليها العار.

قَوْله: (لا يبلغه أحد إلا رأىٰ ذلك)[2]. أي رأىٰ الاحتلام والحيض، لنا في السنّ ثلاثة أقوال: خمس عشرة، والرجوع إلىٰ المعتاد في ذلك الإقليم، ولا خلاف في الاحتلام والحيض، وفي الإنبات قولان المشهور من المَذْهَب ألا يعتبر به لأنه قد يسرع في بعض الناس.

قَوْله: (فلا يحد)[3]. لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته.

قَوْله: (أدب)[3]. لقَوْله «من آذىٰ مسلما أدب»[4].

قَوْله: (زُجر)[5]. للحديث: «من آذىٰ ذمّياً فقد آذاني»[6].

قَوْله: (نكل بإذاية المسلمين). أي وبإذاية النصارىٰ لأنها ذمية غير حربيةٍ.

---

(١) التهذيب (٤/٤٨٤).

(٢) في المتن «لا أرىٰ ذلك» وما أثبته من التهذيب (٤/٤٨٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٨٥).

(٤) هذا قول مَالِك في المدونة (٤/٥٠١).

(٥) هذا إلىٰ قوله: (ويقطع الذِّمِّي إذا سرق) كله من التهذيب (٤/٤٨٥).

(٦) الحديث رواه أبي داود في سننه بلفظ: «ألا من ظلم معاهدا، أو انتقصه، أو كلفه فوق طاقته، أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس، فأنا حجيجه يوم القيامة»، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات. والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب الجزية، الوصاة بأهل الذمة خيرا.




قَوْله: (وينكل من فيه علقة رق). أي لا حد عليه في القذف ولو عتق ثلاث وعشرين (.) منه.

قَوْله: (يحده حد العبيد). ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه يحد العبد في القذف كالحر لأنه انقص رتبة من المقذوف ولا يكون أحرىٰ.

قَوْله: (ويؤخذ [٢٥٤/ب] المحارب). أي القاطع للطريق يؤخذ بحقوق المسلمين، وإنما يسقط عنه بالتوبة حق الله.

قَوْله: (لم يحد). لأنه بإسلامه تسقط عنه الحقوق مطلقا من جميع ما فعله مستحلا له في دينه كقتل المسلم وأخذ ماله وهو بذلك مَالِك له إلا ما عامل به مسلما وعاوضه عليه فلا يسقط بإسلامه لأنه لم يأخذه علىٰ وجه القهر.

قَوْله: (ويقطع الذِّمِّي إذا سرق). لأنه عاهدنا علىٰ ذلك والسرقة من الفساد بخلاف الزنىٰ بمسلمة لأنها طاوعته فلو استكرهها كان نقضا للعهد.

قَوْله: (فإنه يحد)[١]. لأنه باللعان صار كالذِّمِّي وقال أَشْهَب: لا يحد لأنه لا يصير بهذا الأمان كالذِّمِّي، ألا ترىٰ أنه لو كان عنده مسلم لم (.) منه كما نفعل بالذِّمِّي فهو بعد كالحربي.

قَوْله: (بك زنيت)[١]. فقد وافقته علىٰ أنها زانية فسقط عنه القذف ولزمها حد الزنىٰ الذي اعترفت به وحد القذف الذي رمته به في قَوْلها بك زنيت، وقيل: لا حد عليها لأنها أرادت إن كنت زانية فبك زنيت علىٰ جهة الشتم وليس فيه اعتراف بزنىٰ ولا قذف ويحد هو، وقيل: يحدان معا لأنه قذفها بالزنىٰ وقَوْلها بك زنيك شتم وقذف.

---

(١) التهذيب (٤/٤٨٦).

قَوْله: (يا فاسق)[١]. الفسق عام يكون بالزنىٰ وغيره ولما احتمل القذف وغيره لم يكن حدٌّ.

قَوْله: (يا ابن الخبيثة)[١]. الغالب في هذا أن يراد به الزنىٰ كقَوْله تعالىٰ: ﴿ٱلْخَبِيثَٰتُ لِلْخَبِيثِينَ﴾ [النور: ٢٦]، وقد يراد به الخبث في الأفعال والأقوال فلما احتمل حلف.

قَوْله: (سجن)[١]. وقيل يحد بنكوله لأنه كشاهد وقذفه كشاهد فثبت القذف بها عند أَشْهَب كما إذا ثبت الطلاق بشاهد ونكل الزوج عن اليمين فعلىٰ المَذْهَب يسجن حتىٰ يحلف وقال أَشْهَب: يثبت الطلاق بشاهد ونكوله لأنه كشاهد.

قَوْله: (يا فاجر بفلانة)[٢]. ظاهر في الزنىٰ إلا أنه انصرف بالقرينة واليمين.

قَوْله: (إلا أن يقيم بينة علىٰ قول فلان)[٣]. فيبقىٰ الكلام من فلان والمقذوف، وكذلك في قَوْله يقول لك فلان إن اعترف فلان بذلك.

قَوْله: (وجلد العبد أربعين)[٤]. وقيل ثمانين لأنه أسوء حالا من الحد.

قَوْله: (زنىٰ فرجك)[٥]. هذا نص في الزنىٰ.

قَوْله: (أو يدك أو رجلك)[٤]. تعريض بالزنىٰ، وقال أَشْهَب: لا حدّ فيه لأنه قد ينسب الزنىٰ إليهما بالمجاز كما في الحديث: «اليَدُ تَزْنِي والرِّجْلُ تَزني والفَرْجُ يُصَدِّقُ ذلك أو يُكذِّبه»[٦].

---

(١) التهذيب (٤/٤٨٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٨٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٨٨).

(٤) في التهذيب «وجلد العبد حدّ الفرية أربعين» (٤/٤٨٨).

(٥) المصدر نفسه (٤/٤٨٨).

(٦) الحديث أخرجه البخاري في كتاب القدر، باب «وحرام علىٰ قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون». ومسلم في كتاب القدر، باب قدر علىٰ ابن آدم حظه من الزنا وغيره.

قَوْله: (فإنه لا يحد)(١). لأن الحد في القذف في قَوْله يا زان أو بالوطء أو نفي نسبه بالنص في كل ذلك أو بالتعريض، فإذا نفاه عن أبيه أو أمه وهما كافران فقد آذاه بذلك لا بأن نسب الزنىٰ إلىٰ أبويه لأن ذلك ليس عارا علىٰ الابن هنا.

قَوْله: (لجده)(١). لأنه قد قطع نسبه.

قَوْله: (لم يحد)(١). لأنه إنما نفىٰ الكافر عن أبيه وآذىٰ كافرا لا مسلما.

قَوْله: (ولو كان للمقذوف ولد مسلم)(١). لأنه لم يؤذي المسلم.

قَوْله: (لم يصدق)(١). لأن ذلك تعريض ينفي النسب.

قَوْله: (لم يحد)(١). لأن الجد أبٌ.

قَوْله: (لأنه كالأب)(١). ولذلك لو وطء أمة ابن بنته لم يحد كالأب وقد وقع الإجماع علىٰ دخوله في الآباء في قَوْله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢].

قَوْله: (ولو نسبه إلىٰ عمه أو خاله)(١). لحد لأن ذلك قطع لنسبه عن أبيه، وقال أَشْهَب لا يحد في العم والخال لأنهم أبوان، قال تعالىٰ: ﴿ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾(٢)، وفي الحديث: «الخَالُ أَحَدُ الأَبَوَيْنِ»(٣).

قَوْله: (بعد أن يحلف أنه لم يرد نفيا)(٤). أي لم يرد ولاية عنهم لأنه كما يتضمن نفي النسب الرمي بالزنىٰ، كذلك يتضمن نفي الولاء قطع النسب [٢٥٥/أ] والزنىٰ فكانا في الحد سواء فإذا قال لست مولىٰ فلان الذي أعتق أباك تضمن أن

---

(١) التهذيب (٤/٤٨٩).

(٢) في المتن: (آبائك إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وهو سهو.

(٣) الحديث لم أقف عليه.

(٤) التهذيب (٤/٤٨٩).




أمك زنت فلم تكن لأبيك وقد تضمن الزنى ونفي النسب، وهو كالتعريض.

قَوْله: (يا نبطي)[1]. النبط قوم من العجم فإذا قال ذلك لعربي فقد نفى نسبه وكذلك إن قال له لمولى عربي فقد نفي نسبه أيضا كما تقدم.

قَوْله: (وإن لم يحلف لم يحد)[1]. وقيل: يُحَدّ بنكوله كما تقدم.

قَوْله: (لأنه قطع نسبه)[1]. لأن معناه أن أمك زنت فلم تكن لأبيك الذي هو مولى بني فلان.

قَوْله: (لم يحد)[1]. لأنه لا يتضمن نفي نسبه ولا زنى أمه وإنما هو كذب.

قَوْله: (ضُربَ الحدَّ)[1]. لأنه يحتمل أن يقول زنت أمه فلا حد لأنها أمة أو زنى أبوه فجاء من غير أمه ففيه الحد بقذف الأب.

قَوْله: (ضرب سيده الحد)[2]. هذا لمكان الأبوين لأنهما حران مسلمان وقد آذاهما ومثال ذلك أن يزوج حر أمة فيكون له منها ولد ثم تعتق الأم فيكون ولده عبدا لسيدها.

قَوْله: (فأذن للعبد أن يحد سيده في ذلك)[3]. هذا مشكل؛ لأنه كأنه قذف عبدا فكيف يحد له ووجهه أن الحق كان للأبوين فلما ماتا فإن كان لها وارث سوى هذا العبد قام بذلك وإن لم يكن لها وارث سوى هذا العبد فهو لا يرث المال فكان ينبغي ألا يرث الحد لكن. قال مَالِك: أخذ له بالحد لئلا يذهب الحد مجانا بعد أن وجب للأبوين فجعل هذا الولد وارثا له وإن لم يرث مالا.

---

(١) التهذيب (٤/٤٩٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٩٠ - ٤٩١).

(٣) في التهذيب «فإن للعبد» (٤/٤٩١).

قَوْله: (فقد وقف فيها مَالِك)[١]. لأن ذلك يحتمل أن يريد بقَوْله ليست لأبيك أن أمه زنت فهذا لا حد فيه لأنها كافرة أو أمة وولدها عبد ويحتمل أن يريد أن أباك زنىٰ فأنت من امرأة غير أمك فهذا فيه الحد وعليه حمل ابن القاسم حمل أباه علىٰ غير أمه.

قَوْله: (فلأب الميت القيام بالحد)[١]. لأن معناه أن أم الميت زنت فلم تكن من أبيه فهذا قذف للميت ورثه أبوه فقام به.

قَوْله: (ليست من العرب أو يا حبشي)[١]. أو يا عجمي، كله نفي لنسبه بخلاف قَوْله لمن هو من العجم: يا رومي أو يا بربري لأن هذه الأصناف يجمعها العجمية، فكأنه عبر بالخاص عن العام وكأنه في ذلك إنما قال يا عجمي، وذلك صحيح لأن العجم كلهم سواء إذ إنما ينسبون إلىٰ الاسم العام كالبكري والحبشي ولا يقولون بنوا فلان كما تقول العرب ولا محافظة عندهم علىٰ الأنساب المخصوصة.

قَوْله: (واختلف قول مَالِك)[٢]. فوجه عدم الحد ما قلنا ووجه الحد أن الرومي غير الحبشي نظرا إلىٰ اللفظ فقد نفي نسبه فيحد لمن كان مسلما منهم.

قَوْله: (إلا أن يقول له يا ابن الأسود)[٣]. ليس هذا كالبربري والحبشي لأنه يمكن أن يقال في هذه أنه عبر عن العام وهو العجمي فلا يكون فيه نفي نسب والأسود ليس كذلك فتحقق فيه نفي النسب.

قَوْله: (فالحبشي والرومي في هذا سواء)[٣]. لأنهما بمعنىٰ العجمي.

---

(١) التهذيب (٤/٤٩١).

(٢) في التهذيب «وقد اختلف عن مَالِك» (٤/٤٩١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٩٢).

قَوْله: (فلا حد عليه)[1]. لأنه رفعه عن منزلته ولأن العجم لا يحافظون على الأنساب محافظة العرب، ولأنهم قد صاروا بالإسلام منسوبين إلى العرب.

قَوْله: (وهذا نفي لها من آبائهم)[2]. لأنهم ينسبون إلى آبائهم ويحافظون على ذلك فالعدول عنه نفي عن أنسابهم فلا يحد لأنه عبر عن الخاص بالعام لأنهم كلهم عرب.

قَوْله: (ومن قذف ولده)[3]. مثل أن يقول: يا زان، فاستثقل مَالِك أن يحد له لأنه عاق بجده (.)[4] الولد بالعقوق.

قَوْله: (إن قام عليّ [٢٥٥/ب] حقه)[5]. أي يحد له يعني ويكون عاقا ويفسق بذلك.

قَوْله: (ويجوز عفوه عند الإمام)[5]. أي وإن بلغ الحد الإمام لأنه يريد بذلك الستر على نفسه لما يطرأ عليه من التفسيق لحده أباه.

قَوْله: (إلا في العمد البيّن)[5]. وقال أَشْهَب كقول الشَّافِعي: لا يقتص له من أبيه مطلقا للحديث: «لَا يُقَادُ لِوَلَدٍ مِن أَبِيهِ»[6]، ولأنه سبب لوجوده فلا يكون سببا لعدمه كعبده لأنه أيضا سبب في وجود ملكه والحديث على المَذْهَب محمول

(١) التهذيب (٤/٤٩٢).
(٢) في التهذيب «من آبائها» (٤/٤٩٣).
(٣) المصدر نفسه (٤/٤٩٣).
(٤) غير واضحة في المتن.
(٥) التهذيب (٤/٤٩٣).
(٦) الحديث رواه أحمد في مسنده، من مسند عمر بن الخطاب رقم ١٤٧، ولفظه: «لا يقاد والد من ولد»، وفي سنن الترمذي: «لا يقاد الوالد بالولد»، أبواب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا.

على صورة العمد البين.

قَوْله: (فله القيام بحد أمه)[١]. لا يكره له هنا القيام ولا يفسق لأنه قام بحق الغير ولا يجوز له العفو هنا إن بلغ الإمام لكن الأولى أن يقوم بذلك عن غيره.

قَوْله: (وإن نكل حد). لأنه رمى أمّهم بالزنى وأثبت الحدّ هنا بالنكول لقوة قرينة القذف، ويتّجه القول الثاني أنه لا يحد بل يسجن حتى يحلف.

قَوْله: (فلا يقيم عليه الحد). لأنه لا يحكم بعلمه.

قَوْله: (يا ابن الزانيين). هذا قذف لشخصين في كلمة واحدة فالمَذْهَب أن فيه حدا واحدا وقيل حدان.

قَوْله: (لم يحد). لأنه كذب لا قذف لأنه إذا كان ابنها فلا يكون من غيرها.

قَوْله: (وليس بقاذف)[٢]. لأنه لم ينسبها إلى الزنى وإنما معناه أنك جئت بهذا الولد وهو من امرأة غيرك.

قَوْله: (إلا أن ينفيه). إن دعى استبراء فله نفيه بلعان اتفاقا وإن لم يدع فقولان.

قَوْله: (فالولد ولده). لأن الولد للفراش[٣].

---

(١) من هذا إلى قوله: (لم يحد) كله من التهذيب (٤/٤٩٤).

(٢) من هذا إلى قوله: (يا ابن الأقطع) كله من التهذيب (٤/٤٩٥).

(٣) أصله حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «إن عتبة عهد إلى أخيه سعد: أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: ابن أخي عهد إلي فيه - [١٥٤] -، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي، قد كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله». رواه البخاري في كتاب=




قَوْله: (ولم يحد). لأنه ليس بقاذف.

قَوْله: (والولد لاحق لأمه). وإذا أقر بالفراش وادعىٰ الاستبراء فله نفيه من غير يمين بخلاف الحرة لأن الأمة تتهم أنها تريد العتق ولا تتهم الحرة.

قَوْله: (إذ ليس هاهنا أب يلحق به). يعني أن استلحاق الأب لازم إذا صدقه العرف ولم يكن للولد نسب معروف ولا يبالي بتكذيب الابن المستلحق له وقال المخالف لابد من تصديق الولد وإلا فلا وفي الأم ثلاثة أقوال:

المَذْهَب: أنه لا يلحق بها والفَرْق بينها وبين الأب أنه يمكنها إقامة البينة علىٰ الولادة، وقيل: بالاستلحاق لأنها أحد الأبوين، والثالث: إن قالت هو ابني من زنىٰ لحق بها لأنها لما تحملت عار الزنىٰ انتفت التهمة، وإن قالت: من نكاح، لم يلحق حتىٰ يصدقها الأب.

قَوْله: (يا ابن الأقطع). المَذْهَب أن هذا نفي النسب، وقال أَشْهَب: بل هو ذم للأب وكأنه قال: أبوك أقطع فلا حد لأنه ليس بنفي النسب، وكذلك إذا قال يا ابن اليهودي علىٰ القولين بخلاف قَوْله يا ابن الأسود إذا لم يكن في آبائه أسود هذا نفي النسب وليس الأسود مما يذم به ففيه الحد اتفاقا.

قَوْله: (يا ابن المطوق)[1]. يعني أن الوالي كانوا يجعلون في أعناقهم طوقا يسمىٰ الراية فَرْقا بين الحر والعبد؛ فإذا قال ذلك لحر فكأنه قال له: يا عبد، وذلك يتضمن نفي النسب ففيه الحد.

قَوْله: (فدعاه بغير جنسه من البيض كلهم)[2]. لأن ذلك بمنزلة قَوْله: يا

= الفرائض، باب الولد للفراش، حرة كانت أو أمة. ورواه مسلم في كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات.

(١) التهذيب (٤/٤٩٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٩٧).

عجمي، وهو الاسم العام يصرفه على هذه الأنواع كلها فإذا قال الحبشي يا بربري فكأنه قال له: يا عجمي.

قَوْله: (لم يحد)(١). لأن المولى يعتق فقد كان عبدا قبل ذلك.

قَوْله: (فلا شيء عليه)(١). لأن هذا قد كثر في كلام الناس على جهة التحنن لا يقصدون به نفي النسب.

قَوْله: (بين أفخادها)(١). تعريض ويحتمل أن يكون عدولا عما لزمه من الحد لقَوْله جامعتها، ولو قال ذلك الشاهد على الزاني أي زانية يطأ بين أفخادها لم يحد لأنه لم يقذفها [٢٥٦/أ] بذلك.

قَوْله: (في دبرها)(١). قذف واعترافه بالزنى ويجوز له الرجوع عن الزنى فقط.

قَوْله: (ثم ارتد)(٢). لأنه حال الحد غير محتوم فلا يحد لكافر.

قَوْله: (أو راجع الإسلام)(٣). لأنه قد سقط بالردة فلا يعود.

قَوْله: (حتى زنى)(٤). لأنه حال الحد غير عفيف فلا يحد له.

قَوْله: (ومن قذف ملاعنة)(٤). لأنها ليست بزانية.

قَوْله: (حُدّ)(٤). للابن من أبيه علاقتان: علاقة الأبوة وهي التي تنتفي باللعان، وعلاقة البنوة ثابتة ولذلك لو استحلفه لحقه فإذا نفى عنه علاقة البنوة

---

(١) التهذيب (٤/٤٩٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٩٨).

(٣) في التهذيب «ولو رجع إلى الإسلام» (٤/٤٩٨).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٩٨).

حد، وإن نفى عنه علاقة الأبوة بأن يقول للملاعن لأمه: لست أباه لم يحد لأنه صادق (.) هو يقول لست أباه.

قَوْله: (أو بإجارة)[1]. أبو حنيفة لو استأجرها لزنى لم يحد لأنه نكاح بلفظ إجارة كنكاح المتعة، فكان بشبهة ويلزم على هذا ألا حد على الطائعة بالزنى بالأجرة.



(١) التهذيب (٤/٤٩٨).

كتاب الأشربة

لا خلاف في تحريم قليل الخمر وكثيرها؛ أجمعت الأمة على ذلك.

والعلة عند أبي حنيفة الخمرية فما ليس بخمر لا يلحق إلا ما أسكر منه وما لم يسكر فحلال عنده وحمل الحديث «ما أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُه حَرَامٌ»[1]، على أن المراد بقليل (.) لأنه أقرب مذكور ولم يرَ العلَّة الإسكار؛ قال: لأنه لا يجوز تقدم المعلول على العلة، والإسكار إنما يكون بعد الشرب، وكذلك أجاز التفاضل في بيع الرطب بالرطب، ولم يعمل بالحديث: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ»[2]، لأن المعلول وهو التحريم يتقدم على العلة وهي النقص.

ومذهب مَالِك والشَّافِعي: تعليل الحرمة بالسكر؛ لأنها علة مطردة يدور التحريم معها ثبوتا ونفيا إذا تحللت الخمر أو تخمر العصير، وهي متعدية، فهي أولى من القاصرة وهي الخمرية، وروى بعض العلماء أنّ علّة التحريم النجاسة، واعتل لذلك بأن قاس على ما يخرج من السبيلين فقال: مائعٌ عَرَضَ له التحريم بعد أن كان مباحا، فأشبه البول والغائط، فيدخل في ذلك على التعليلين كل مسكر من نبيذٍ وغيرِه.

قَوْله: (فعليه الحد ثمانون)[3]. الأصل في ذلك قول علي بن أبي طالب ﵁:

---

(١) الحديث بهذا اللفظ رواه أحمد في المسند، مسند المكثرين، مسند أنس بن مَالِك. ورواه البيهقي في السنن، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما أسكر كثيره فقليله حرام. والنسائي في السنن، كتاب الأشربة، تحريم كل شراب أسكر كثيره.

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث.

(٣) التهذيب (٤/٤٩٩).

«إذا شَرِبَ هَذَىٰ وَإِذَا هَذَىٰ افْتَرَىٰ فإِنَّ عَلَيْهِ حَدّ المفْتَرِي»[1]، وأجمع علىٰ ذلك من حضر من الصحابة. وقيل في غير المَذْهَب أربعون وبه أخذ الشَّافِعي ورجحه فإن من قال بالثمانين قائل بالأربعين وليس كذلك لأن القائل بثمانين لا يقول بأربعين (.) الاقتصار.

قَوْله: (أن به رائحة سكر)[2]. هذا سدّا للذريعة [لأنه][3] يقول شاربها هذه رائحة من شيء آخر ولا حد في الرائحة عند الشَّافِعي لأنه يحتمل أن تكون من غير مسكر فهو شبهة تسقط الحد.

قَوْله: (لأنه عنده خمر)[4]. قد جاء في الحديث «إنَّ مِن العِنبِ خمراً، ومِن الزَّبيبِ خمراً، ومِنَ التَّمرِ خمراً»[5]، فإن صح هذا حرم ذلك كله بالنص وإلا فالخمر سميت بذلك لأنها تغطي العقل أو تخامره وتخالطه فكل ما وجد فيه ذلك خمر بالقياس في اللغة فعلىٰ هذا يكون التحريم بالنص وإلا فبالقياس علىٰ الخمر بجامع الإسكار.

قَوْله: (ولا حد)[6]. أي إنما أنظر إلىٰ كونه مسكرا أو غير مسكر ولا أنظر

---

(١) الحديث رواه مَالِك، عن ثور بن زيد الديلي؛ أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل. فقال له علي بن أبي طالب: نرىٰ أن نجلده ثمانين. فإنه إذا شرب سكر. وإذا سكر هذي. وإذا هذي افترىٰ. أو كما قال: فجلد عمر في ثمانين. كتاب الأشربة، الحد في الخمر. ورواه النسائي في السنن الكبرىٰ، كتاب الحد في الخمر، إقامة الحد علىٰ من شرب الخمر علىٰ التأويل.

(٢) التهذيب (٤/٤٩٩).

(٣) في المتن «لأن»، وما أثبته هو الصواب.

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٩٩).

(٥) الحديث رواه مَالِك في الموطأ، كتاب الأشربة، عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه، عن رسول الله ﷺ، أنه قال: «إن من العنب خمرا، ومن العسل خمرا، ومن الزبيب خمرا، ومن التمر خمرا، ومن الحنطة خمرا، وأنا أنهىٰ عن كل مسكر».

(٦) يريد قَوْله «ولا أحدُّ» التهذيب (٤/٥٠٠).

إلىٰ الغليان لأنه قد يوجد السكر قبل غليان ذلك وكذلك لا حد في طبخه بل المتعين ما أسكر فقط.

قَوْله: (**ولا يجعل دردي المسكر وعكره في شراب يضرىٰ به**)[1]. أي يعجل ويقوىٰ فعله وقد يبس هذا الدردي فيجري فيه الخلاف؛ هل هو نجس نظراً إلىٰ أنه عين ما كان نجسا، أو لا نظرا [٢٥٦/ب] إلىٰ أن سبب التنجيس وهو الإسكار قد زال وكذلك (.)[2] فيه القولان لأنه يتوقد من أجرام الدخان ثم يوقد تحته بالعذرة، فيصير كرماد الميتة في القولين.

قَوْله: (**ليعجله أو يشتد به**)[3]. يعني رخص في شربه قبل أن يسكر ووجه النهي أنه قد يخفي فيه الإسكار.

قَوْله: (**يجعلونه في العسل**)[4]. أي مع الماء فيصير به مسكرا بعجلة (.)[4] العجين والدقيق في الإسراع مثله.

قَوْله: (**ولا يعجبني**)[5]. هذا للنهي عن الخليطين لأن البسر إذا أدنب فبعضه رطب وبعضه بسر فإذا نبذا معا جاء عنهما الخليطان وإنما نهي عن ذلك، لأنه عند اجتماع الجنسين يكون فعلهما أقوىٰ وأسرع إسكارا بخلاف الجنس الواحد.

قَوْله: (**لم ينبغ أن يخلطا عند الشرب**)[6]. لأنه قد يسرع الإسكار ولا يدري ولأنه إذا أضاف ماء أحدهما إلىٰ ماء الثاني فهو في معنىٰ الإسكار نبذهما أولا معا.

---

(١) التهذيب (٤/ ٥٠٠).

(٢) غير واضحة في المتن.

(٣) التهذيب (٤/ ٥٠٠).

(٤) غير واضحة في المتن لعلها «فلعل».

(٥) المصدر نفسه (٤/ ٥٠٠).

(٦) في التهذيب «عند الشراب» (٤/ ٥٠١).

قَوْله: (لم يصلح أن يشتريهما)[1]. لأنهما خليطان.

قَوْله: (بالماء)[2]. لأن الماء ليس بخليط منهي عنه إنما المراد ما ينبذ هنا مع الماء فيكون فيه نبيذ وليس الخبز بخليط.

قَوْله: (مثل ما أعلمتك من الجذيذة)[2]. فشرب هنا بالجذيذة والعصيدة لأنها تجعل الشراب كالعجين والدقيق.

قَوْله: (لا ينتبذ في الدباء والمزفت)[2]. هذا لأنه لا مسام لها يدخل منها الهواء فيسرع السكر إلىٰ ذلك وقد نهىٰ عن الخنتم؛ وهو الفخار (.) وعن النقير وهو من خشب بأصل النخلة لأنه لا مسام لها يسرع إلىٰ ذلك الإسكار، وكذلك المزفت لأنه لا مسام له.

قَوْله: (فإن اجترأ فخللها)[3]. لأنه كان ينبغي أن يريقها.

قَوْله: (إذا ملك)[3]. بأن يكون له عبد يموت عنها أو موروث كافر أو يسلم هو عليها، أما لو تحللت وحدها فلا خلاف أنها تحل، وأما إذا خللها هو فقولان: الإباحة والكراهة.

قَوْله: (ما أرىٰ أكله)[4]. هذا يبنىٰ علىٰ الخمر المخللة؛ هل تنجس بنجاسة ما جعل فيها أو لا تنجس لزوال علة النجاسة وهي السكر؟



(١) في التهذيب «لم يصلح أن يشربه» (٤/٥٠٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٢)

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٠٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٠٤).

كتاب الجنايات

قَوْله: (خير العافي)[1]. قد ثبت أن الرجل إذا صالح عن حظه في شيء بأمر ما فلا كلام لشريكه فكان ينبغي هنا ألا يرجع الشريك فيما أخذه الأول صلحا لكن عارضه أن الدم بينهما فصار كشريكين في دين واحد وأيضا فإن جناية العبد في رقبته للحديث لا في ذمة السَّيِّد إذ لا ذمة له لكنه مخير في فدائه أو إسلامه فيؤدي اختصاص الأول بالعبد أن يسقط حق الثاني فلذلك رجع عليه وأبطل صلحه.

قَوْله: (وقد قال أيضا)[1]. وجهه أن الثاني يقول للأول: كان لي القصاص فأبطلت حقي بصلحك فارجع جبرا عليك في عين ما أخذته فيكون لي نصفه، وعلى الأول وهو المَذْهَب يقول له الأول: لم أسقط لك شيئا لأن القصاص لا يستقل به أحدنا بل هو لنا معا، ونحن لم نجتمع عليه فلا أجبر على أن يدخل معي فيما أخذت بل إن شاء السَّيِّد أرضاك من حقك وإلا بطل الصلح.

قَوْله: (وزاده عبدا آخر)[1]. هذا يبنى أيضا على ما تقدم من أنه أضر به في تفويت ماله من القصاص فيدخل معه فيما وقع به الصلح أو لم يضر به، لأنه لم يكن له الاستقلال بذلك وإنما وجب له نصف العبد الجاني، لأن الجِنَايَة في رقبته لا في ذمة السَّيِّد ولا العبد ويصح أن يأخذ أحدهما في حظه أكثر من الآخر.

قَوْله: (قتيلا خطأ)[2]. أي ما فيه الدية وكذلك العمد الذي لا قصاص فيه مثل أن يكون القاتل عمدا مسلما والمقتول كافرا.

---

(١) التهذيب (٤/٥٠٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٦).

قَوْله: (حلف عليه)(١) . [٢٥٧/أ] إن كان معسرا فلا فائدة في تحليفه ؛ لأن العتق يبطل ، وإن كان موسرا فإن كانت قيمة العبد أكثر من الأرش لم يحلف أيضا لأنه يجب العتق ، ذلك أنه إذا بيع منه بقدر الأرش وعتق الباقي كان قد أعتق هذا الجزء منه فيكمل عليه الباقي فإن كانت قيمة مثل الأرش أو أقل حلف لينكل فيلزم العتق ، وأما لو كان القتل عمدا يجب فيه القصاص لم يصح البيع لأنه لا يدري المبتاع ما الذي يصير إليه لإمكان القود فيرجع بالثمن أو العفو فيكون له العبد.

قَوْله: (لو جرح الحرّ جرحا)(١) . أي لا قصاص فيه لعدم التساوي أو لكونه خطأ.

قَوْله: (إن كان للعبد مال)(١) . اعترض بأن ماله يتبعه إذا أسلم في الجِنَايَة فيقول المجني عليه: هذا مالي مع العبد لكن وجه ذلك الجمع بين المصالح ؛ لأن المجني عليه إنما له بالجبر قدر الجِنَايَة فلو أعطاه ذلك أجير لزمه ، فكذلك أدىٰ إلىٰ أخذ مال العبد ، وقول الغير: إلا أن يشاء المبتاع ؛ ليس بخلاف.

قَوْله: (ويرجع علىٰ البائع بالأقل)(١) . فإن كان الثمن هو الأقل فهو الذي أخذ منه ، وإن كان الأرش فهو الذي لزم المبتاع حيفا.

قَوْله: (هذا في العمد)(٢) . لأنه عيب وليس هذا خلافا ، وأما في الخطأ فليس بعيب إلا أن يتنكر منه فيكون هازلا أو مغفلا وذلك عيب.

قَوْله: (لم يصدق)(٢) . لأنه أولا أطلق العفو ولم يقل علىٰ كذا فلزمه بلا عوض.

قَوْله: (إلا أن يأتي بدليل)(٢) . مثل أن يقول له أولا خذ نصف العبد فيمتنع ،

---

(١) التهذيب (٥٠٦/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٠٧/٤).




ثم يقول عفوت عنه ويدعي أنه على نصفه.

قَوْله: (وإسلام نصفه إلى الآخر)[1]. لأن الجِنَايَة وإن كانت في الرقبة فللسيد أن يسلمه أو ما شاء منها وإن نقدها.

قَوْله: (قتله عمدا)[1]. أي قتله العبد عمدا، فلأولياء المقتول القود وإن شاؤوا أخذوا الدية، ولو كان القاتل حرا فليس لهم إلا القود على المَذْهَب وإن اختاروا الدية.

والفَرْق أن للحد عوضا صحيحا في القود، لأنه يقول: اترك مالي لورثتي، ولأنه يرجوا بذلك حط جريمة القتل عنه، والعبد ليس له في نفسه اختيار بل الأمر إلى سيده.

وقال أَشْهَب: للأولياء الخيار بين القود والدية في الحر أيضا؛ فإذا عفى المقتول عمداً عن الحد صح ذلك وإن أبى الورثة، لأنه ليس (.)، بخلاف قتل الخطأ فلا يجوز عفوه إلا فيما يحمل الثلث، لأن الحق قد انتقل إلى ورثته، وجعل ابن القاسم العبد في ذلك كالحر، ولم يجعله مالا إذ قد اختار الميت القود وأسقطه وهو حقه، ولو اختار الورثة القود {لم يكن} لهم ذلك مع وجوده.

قَوْله: (فكانت قيمته)[1]. يريد أن الذي يملك المجني عليه منه الرقبة في الخطأ، وللسيد افتداؤها فجعل في الثلث قيمتها لا غير.

قَوْله: (الأقل من القيمة أو الدية)[1]. لأن ذلك هو المحقق فإن كانت القيمة أقل مال ليس يلزمني إلا القيمة وإن كانت الدية أقل قال ليس لكم إلا ذلك.

قَوْله: (إلا أن يضمن)[2]. لأن الحق قد تعلق به قيمة العبد فلا يجوز له

---

(١) التهذيب (٤/٥٠٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٨).

التصرف فيه بوجه إلا أن يضمن الجِنَايَة {في ذمته وهو ثقة فإن باعه يوقف تمام البيع على دفعه الجِنَايَة} وإلا نقض البيع.

قَوْله: (ولكن تسلم بما لها)[1]. لأنه صفة من صفاتها، بخلاف الولد لأنه إذا انفصل قبل يوم الحكم صار عمداً آخر منفصلا، وقد قيل: لا نسلم بما لها بناء على: هل أخذها في الجِنَايَة على غير عوض فيكون كالعتق أو بعوض فيكون كالبيع أو نظرا إلى أن الجِنَايَة عوض أشبهت البيع؟ وإن نظر إلى أنه لم يدفع إلى المَالِك بشيء فكالعتق.

قَوْله: (فابتاعه [٢٥٧/ب] **رجل من العدو)**[1]. أو خرج في سهم رجل من العسكر أو فداه ممن خرج في سهمه من المغانم، فإن فدى سيده منه كان للمجني عليه أخذه ولسيده الخيار في فكه بالجِنَايَة وإسلامه، وإن لم يفده سيده أولا لم يأخذه المجني عليه إلا بعد دفع ثمنه لمن فداه من العدو، وتسقط الجِنَايَة عنه، وإنما قدم على المجني عليه لأن ملكه حادث ولا يكون المجني عليه أقوى من سيده الأصلي، فإن فداه المجني عليه سقطت الجِنَايَة عنه لأنه صار ملكا له، وقال سحنون: على سيده الأكثر من الجِنَايَة أو الثمن الذي فدى به فإن كانت الجِنَايَة أكثر من الثمن {لم يخسر} الذي فداه من العدو شيئا بل يدفع له ثمنه وكانت مصيبة نزلت بالمجني عليه، وإن كانت الجِنَايَة أقل دفع للذي فداه ثمنه والفاضل للمجني عليه.

قَوْله: (وأما الدين فباق في ذمته)[1]. إلى أن يعتق أو يطرأ مال يختص به من هبة ونحوها فيأخذه الغرماء.

قَوْله: (فتحاصوا فيه)[2]. ولو كثرت الجنايات جدا.

---

(١) التهذيب (٤/٥٠٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٩).




قَوْله: (**فعليه أن يفديه ثانية**)[1]. وكذلك كلما تكررت الجِنَايَة منه.

قَوْله: (**لم يكن كالحرّ**)[1]. يعني أن الباقي إنما يعتق بالحكم لا بالسراية فلا يكون كالحد فتكون الجِنَايَة كلها في ذمته، كما يلزم إذا فرعنا علىٰ القول الشاذ من أن الباقي يعتق بالسراية.

قَوْله: (**إذ لو مات السَّيِّد**)[1]. يعني أنه لا يكون العتق في الباقي إلا بالحكم في هذه الصورة الأخرىٰ.

قَوْله: (**الأقل من نصف قيمته أو من نصف الأرش**)[1]. لا يجوز هنا أن يسلم نصفه بل القيمة تقوم مقامه وذلك لمكان التقويم (.) ولو لم يكن له إلا هذا العبد فإنه يسلم النصف الباقي ويبطل التقويم.

قَوْله: (**لأنه لو أسلمه لقومته عليه أيضا**)[2]. أي لا ينفعه إسلامه بل لابد من تقويم الباقي عليه وعتقه.

قَوْله: (**علىٰ كل حال**). أي عتق نصف الباقي أولا.

قَوْله: (**وخير الورثة**). أي يقومون مقام الموروث في إسلام النصف أو فدائه لا في العتق لأنهم لم يعتقوا من العبد شيئا.

قَوْله: (**وخير الورثة**). أي يقومون مقام الموروث في إسلام النصف أو فدائه لا في العتق لأنهم لم يعتقوا من العبد شيئا.

قَوْله: (**خير المتمسك**). أي لابد من التقويم علىٰ المعتق فداه المتمسك أو أسلمه.

---

(١) التهذيب (٤/٥٠٩).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (لا تحمل عن عبد) كله من التهذيب (٤/٥٠٩).

قَوْله: (لا العاقلة). لأن العبد لا عاقلة له لأن العاقلة إنما تكون حيث يتصور أن يكون المحمول عنه من العاقلة أيضا لمن تحمل عنه والعبد لا يملك فلا يحمل ولا يحمل عنه.

قَوْله: (وإن جاوزت ثلث الدية). لأن العاقلة إنما تحمل الثلث فما دون.

قَوْله: (لا تحمل عن عبد). أي لا عاقلة له.

قَوْله: (ثم وهب المتمسك نصيبه صح ذلك)(١). لأنه تجوز هبة المجهول والغرر ولا يجوز في البيع، وهذا لا يدري هذا النصيب هل يكون له بكون الشريك معسرا فلا يقوم عليه أو لا يكون له إلا القيمة وهي مجهولة؟

قَوْله: (فللسيد أو عليه بقدر ملكه منه)(٢). هذا المَذْهَبُ قياسا علىٰ خدمته ونفقته، ووجهه أن ذلك كله للسيد لا عليه بالقياس، علىٰ أنه لو قتل فلا خلاف أن ديته للسيد، وقيل: يكون ذلك للعبد أي يبقىٰ بيده كمالٍ بين شريكين، وهذا الخلاف في الجِنَايَة عليه أما إذا جنىٰ هو فبينه وبين السَّيِّد بلا خلاف.

قَوْله: (وإلا فأعتقوا منه الثلث)(٢). هذا من خلع الثلث لأنه لو علم الميت أنهم لا يجيزون وصيته أعتق منه الثلث بتلا، أي بلا خدمة بل يخرج الساعة حرا.

قَوْله: (خدمهم تمام الشهر)(٢). أي فيتوقف العتق علىٰ الخدمة.

قَوْله: (افتدوا خدمته)(٢). أي بجميع الجِنَايَة فإن افتدوها خدمهم المدة ثم عتق ولم يتبع بشيء، وإن أسلموها خدم المجني عليه ثم إن كانت خدمته تساوي الجِنَايَة [٢٥٨/أ] عتق ولم يتبع وإلا اتبع بالفاضل، وقيل: لا يتبع لأن الجِنَايَة لم

---

(١) في التهذيب «جاز ذلك» (٤/٥٠٩ ـ ٥١٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥١٠).




تتعلق برقبته ولا بذمته، لأنه في حكم العبد بل بالخدمة لأنه لم يبق فيه مملوكا إلا الخدمة فإذا تمت الخدمة سقط ما بقي منها.

قَوْله: (فيكونوا قد اختاروا إجازة الوَصِيَّة)[1]. لأنهم التزموا عتقه.

قَوْله: (بتلا)[2]. أي وتسقط الخدمة.

قَوْله: (فإن فداه كان على الوَصِيَّة،). إلىٰ آخره؛ أطلق القول فيها، وقيل: إنما يحمل على الصحة، أما إن كان في المرض فإن كانت قيمة العبد مثل الجِنَايَة كان الأمر كما تقدم، وإن كانت القيمة أكثر فدفعه إليهم في الجِنَايَة فوقف جواز ما زاد على الجِنَايَة على ثلثه وكان وصية منه لهم لا (.) بالزائد، وإن كان قدر الجِنَايَة أكثر ففداه منهم كان أيضا ما زاد على القيمة في (.) إن حمله صح وإلا رد، وقال غيره: إن فداه السَّيِّد سقط حكم الوَصِيَّة لأن هذا كملك ثان.

قَوْله: (فالعبد رهن بالجِنَايَة). لأنها تعلقت برقبته.

قَوْله: (له مال مأمون). المَذْهَب أن المال المأمون الدور والأرضون وفي الدور قول ثان أنها ليست مأمونة بخلاف الأرض ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا مال مأمون البتة لاحتمال ذهابه.

قَوْله: (فكان كالمدبر). إلا أنه لا خلاف أن للسيد في المدبر الخدمة وفي خدمة الموصى بعتقه مبتلا قولان؛ هل هي للسيد كالمدبر أو هو للعبد نفسه لأنه أقوىٰ إذ لو صح السَّيِّد خرج حرا؟

قَوْله: (لأنه في حدوده وحرمته كالعبد). فتَعلُّق الجِنَايَة بالرقبة كالعتق سواء.

---

(١) في التهذيب «فيكونوا قد أجازوا الوَصِيَّة» (٤/٥١١).

(٢) من هذا إلى قوله: (فيكون في جنايته) كله من التهذيب (٤/٥١١).

قَوْله: (فيكون في جنايته). والجِنَايَة عليه كالحد إلا علىٰ ألاَّ مال مأمون فيكون كالمدبر.

قَوْله: (حتىٰ يحمل هو عاقلتها)[1]. أي حتىٰ يكون أهلا لأن يكون من العاقلة.

قَوْله: (أنه الدُّورُ)[2]. هذا المَذْهَبُ.

قَوْله: (لم يقل لسيده أسلمه أو افده)[2]. لأنه لا يجوز له إسلامه لما فيه من شائبة العتق.

قَوْله: (كما يخير في المدبر)[2]. والتخير إنما هو في خدمته فيخدم المجني عليه بقدر الجِنَايَة فإن مات سيده قبل ذلك فإن حمله الثلث كان باقي الجِنَايَة في ذمته وإن لم يحمله اتبع ما أعتق منه بما يقابله من باقي الجِنَايَة وخير الورثة في إسلام ما رق منه فيما يقابله من الجِنَايَة أو افتكاكه.

قَوْله: (لأن هذا لا خدمة له)[2]. هذا علىٰ أن خدمته له، وعلىٰ القول الثاني يكون كالمدبر سواء وإلىٰ هذا القول أشار بقَوْله: «بعد أن قال غيره»[3].

قَوْله: (فأصلحه علىٰ هذا)[2]. ولا يبطل العمل بالقول الآخر.

قَوْله: (أوقف معه ماله)[2]. لأنه علىٰ تقدير أن يحمله الثلث يكون ماله له، وعلىٰ تقدير ألا يحمله يبقىٰ ماله بيده كمال بين شريكين.

قَوْله: (وليس للورثة إن افتكوا ما رق منه أن يأخذوا ماله)[4]. لأن الجِنَايَة

---

(١) يريد قَوْله «والعاقلة لا تحمل جريرته حتىٰ يحمل هو معها» التهذيب (٤/٥١٢).

(٢) التهذيب (٤/٥١٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥١٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥١٣).




لم تتعلق برقبته، بخلاف الذي يجني وهو رق ثم يعتق بعد ذلك فإن ماله يدفع في الجِنَايَة جمعا بين المصالح؛ لأن الجِنَايَة تعلقت برقبته.

قَوْله: (ولم يكن للذي له بقية الرق أن يأخذ من ماله شيئا)[(١)]. أي على وجه الجبر لكن إن اجتمعا على القسمة صح، قَوْله: لأنه إن كانت هبة لم تحقق أنها هبة؛ لأنه في بعض الصور قد يبقى باقي المال يتصرف فيه العبد فقد وهب شريكه بعض منافع العبد، ولذلك قال ابن المواز: إن هذا يكره لأنه يشبه سلفا جر نفعا، لأنه كأنه لم يوافقه على أخذ حظه من المال إلا بأن وهبه الآخر منافع العبد في تنمية المال، وقد يرجع ذلك المال الباقي لغيره يتصرف فيه فلا تكون هبة بل مقاسمة.

قَوْله: (فالثمن بينهما نصفين)[(٢)]. معلوم أن [الثمن][(٣)] العبد يزيد بماله فإذا أخذ نصف [٢٥٨/ب] الثمن فقد أخذ ما ليس له، هذا يبنى على أصل وهو: هل الأتباع لها حظ من الثمن أو لا؟ فصاحب (.) فرع على ألّا حظ لها من الثمن، وأما إذا فرعنا على القول الآخر فينظر قيمة العبد بلا مال وقيمته بالمال، فما بينهما كان لصاحب المال (.)[(٤)] العبد.

قَوْله: (كان كالموصى بعتقه بعينه)[(٥)]. لأن المعين بالشّراء كالمعين في ملك الموصى، بخلاف غير المعين هذا يكون كالقن بتعلق الجِنَايَة برقبته، لأنه يصح لهم بعدَ الشراءِ أن يسْتَبْدِلُوه بِغَيره.

---

(١) التهذيب (٤/٥١٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥١٤).

(٣) لعل الصواب «ثمن».

(٤) لعلها «فيرد».

(٥) المصدر نفسه (٤/٥١٤).

قَوْله: (خير مَالِك رقبته)[١]. إنما بدئ المَالِك، وصاحب الخدمة لم يملك من {الرقبة} شيئا فإذا أسلمه رجع الحق لصاحب الخدمة.

قَوْله: (وإلا أسلمه للمخدم رقا)[٢]. لأنه يملكه بما افتك به إن أبىٰ السَّيِّد أن يدفع ذلك له.

قَوْله: (فإن صاحب الخدمة يبدأ)[٢]. هذا علىٰ أن الذي أَوْصىٰ له بالرقبة لم يملِكْهُ بعدُ؛ لأن مِلكَه معلَّق علىٰ تمام الخدمةِ والسَّيِّد الأول لم يبقَ له فيه شيءٌ وإن كانَ علىٰ ملكه، وقيل: يبدأ صاحبُ الرقبة لأنه ملكها مسلوبة المنافع وقيل بل {يبدأ} السَّيِّد الأول لأنه علىٰ ملكه إلىٰ تمام الخدمة وقيل تقسم الجِنَايَة بين صاحب الخدمة بقدْرِها وبين صاحب الرّقبة الذي يرجع إليه بحبسها، وإن مات السَّيِّد الأول فورثته يقومون مقامه.

قَوْله: (ولا يتبعه بشيء مما ودىٰ)[٣]. لأنه لم يملكه {بعْدُ}.

قَوْله: (وَسَقَطَت الخِدمَة)[٤]. لأنّه قد رضي بإسقاطها لمّا أسلفه.

قَوْله: (والثلث يحمل الموصي بذلك فيه)[٤]. أي الوصيَّتين لتصحّا معا، ولو لم يحمل الثلث ذلك خلص منه بعضه لصاحب الرقبةِ، وكان لصاحب الخدمة بقدْرِ ما صار لصاحب الرقبة من المدّة، ثم يقال له: ادْفَع من الجِنَايَة بقدر ما لَكَ من الخِدمة أو أسلِمه، فإن أسلم خدمته خُيِّر صاحب الرقبة فيما صار له، والورثةُ فيما بقيَ لهم.

---

(١) التهذيب (٤/٥١٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥١٥).

(٣) في التهذيب «مما أدىٰ» (٤/٥١٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥١٥).

قَوْله: (حتىٰ تعطيه ما افتكّه به)[1]. لأنه قد ملكه بذلك، إلّا أن يدفع له صاحب الرقبة ذلك.

قَوْله: (وبطلت الخدمة)[1]. لأن صاحبها قد أسلَمَها.

قَوْله: (كان ما يجبُ في ذلك لمن له مَرْجِعُ الرّقبة)[1]. وقيل: للسيد الأوّل أو لورثته، بناءً علىٰ الخلاف المتقدّمِ.

قَوْله: (فإما فدا الخدمة)[2]. لأنه ليس له فيه إلا الخدمةُ.

قَوْله: (ولم يتبعه بشيء)[2]. لأنَّه يرجعُ مِلكاً له، حُكمُه حكم القنِّ إلىٰ الأجل، وقد زالت من رقبته الجِنَايَة ولا هي في ذمته، ولو كان مدبرا فأسلم خدمته فالمَذْهَب أنَّه إنما يُسلم من خدمتِه بقدر الجِنَايَة، فإن مات السَّيِّد قبل تمامها اتّبع العبد أو ما يعتق منه لما بقي من الجِنَايَة.

وقيل: لا يتبَع؛ لأن الجِنَايَة كانت في خدمته وبالعتق بطلت الخدمة، ولكن يخير الورثة فيما بقي منه رقا أن يُسلموه في باقي الجِنَايَة أو يفْدُوهُ.

وقال أَشْهَب: بل تسلم خدمتُه كلها إلىٰ موت السَّيِّد أو يفديها، فإن أسلمها ثم مات السَّيِّد قبلَ تمامِهَا وعتق كلِّه لم يُتبع، وإن عتق بعضه كان باقيه رقًّا لأهل الجِنَايَة؛ لأنه لما أسلم الخدمة إليهم كان الأصْلُ أن يسلم الرقبة لولا مانع التَّدبيرِ وقد زال المانعُ فيملِكُونَه.

قَوْله: (تَحَاصُّوا مع الأول)[3]. وقيل: بل ينزِلُ الأول منزِلَةَ سيِّده؛ لأنه لم

---

(١) التهذيب (٤/٥١٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥١٦).

(٣) في التهذيب «تحاص مع الأول» (٤/٥١٦).

يكن لسيده فيه إلا الخدمة كهذا المجني عليه أولا ، فيُخيّر: إمّا أن يفديه من المجني عليه ثانيا ، أو يسلمه.

قَوْله: (فإن تمَّ قصاصُها)[1]. يعني أن يدفع من الخدمةِ بحسابِ الجِنَايَة أَقيَسُ لِما في {دفعِ} كلِّها من الضّرر على السَّيِّد ، وإنما صح ذلك على القولِ الآخر وإن كانت مجهولة ؛ لأنها ليست معاوضة صحيحة فجاز فيها الغررُ.

قَوْله: (فالدَّيْن والجِنَايَة يَغتَرِقانه)[2]. أي كانا مثل القيمة أو أقلَّ فصاحب الجِنَايَة [٢٥٩/أ] أحقّ بالرقبة ومقدّم على الدين ، فإن قال صاحب الدَّين: لولا الدين كانت الجِنَايَة في الخدمة لا في الرقبة لأنه الذي يُبطِل التدبير ، فنحن أحق من الرقبة بقدر دَيْننا ، قال صاحب الجِنَايَة: هذا لا يُفيدكم لأنَّكم وإن ملكتم نفعَهُ فالمجنيُّ عليه مقدَّمٌ على المَالِك {الأصليِّ}، فهذه الصورة لا يُباع من المدبر فيها شيءٌ، بخِلاف أن يكون الدَّين والجِنَايَة دونَ القيمةِ فهنا يباع منه أوَّلاً للجناية ، ثم للدَّين ليُعتِق ثلث الباقي.

قَوْله: (إلا أن يَزيدوا على قيمَة الجِنَايَة). أي يترجح جانبُهم حينئذٍ بما يسقط عن الميت من الدَّين ، وفي رواية: إلا أن يفدُوه ولم يذكروا زيادة ، وقيل: ليس خلافا ، ولكنّ وجهَ الزيادة أنهم يملكون العبد بذلك ، فهنا باعُوه بأكثر من الذي دفعوا كان لهم الزيادة ولم يحاسبوه به من باقي الدين ، وإذا أفدوه بلا زيادة فلم يملكوه فمتى باعوه بزيادة كانت تلك الزيادة للميت فتَسْقُط عنه من دِينه.

قَوْله: (فغُرَماؤُه أحقُّ بماله). لأنّ حقوقهم في ذمته وفي مالِه ، وحقّ الجِنَايَة في رقبتِه فمتعَلَّق الحقين مختلفٌ.

---

(١) التهذيب (٥١٦/٤).

(٢) هذا إلى قوله: (فليبع في دَيْن سيِّده) كله من التهذيب (٥١٧/٤).




قَوْله: (كان دينه أولىٰ بماله). أي الذي يطرأ له، أي هو في ذمّته لأنّه إذا كان عليه دين فلا مالَ له.

قَوْله: (فليبع في دَيْن سيِّده). لأنه في رقبته، ودينُ العبد في ذمَّته.

قَوْله: (أن يؤاجروا المدبر)[1]. لأن السَّيِّد ليس له موجودٌ إلا خدمتُهُ.

قَوْله: (فلا شيء عليه)[1]. مثل أن يتْلَفَ له حيوانٌ أو يخرج سيده أو يقتله خطأ فالعبدُ القنُّ لا شيءَ عليه اتفاقا؛ لأن ماله جني علىٰ ماله أو بنفسه، وفي العمد يقتص منه، وفي المدبر قولان:

المَذْهَب أنه يتعد سيده بذلك، وله فائدتان؛ إحداهما: أنه إن جنىٰ جناية أخرىٰ تحاصّا معاً فيه، والثانية: أنه إن مات السَّيِّد وخرج حراً أو بعضه اتّبع بباقي الجِنَايَة.

وقيل: لا يتبع بشيءٍ كالقنِّ، وهو قَوْله: «لأن له حُكْمُ رَقبتِه»[2]، كما قيل: «عَبدُكم جنىٰ عليكُم».

قَوْله: (اتبع بحصّة ما عتق منه من بقيتها وسقط ما بقي)[3]. لأن ما يقابله صار رقًّا، إلا أنه كلما دفع لهم شيئا من الجِنَايَة كان ذلك مالا للميت فيلزم أن يعتق مما بقي منه رقًّا بقدْرِ ثُلثِ ذلك، وهكذا أبداً إلىٰ أن تتِمَّ الجِنَايَة.

قَوْله: (وإذ لو فداه من أجنبي)[3]. فَرَق بين السَّيِّد والأجنبي فقال: إن الأجنبي هو الذي يتبعه لا السَّيِّد، وكما لا يتبعه السَّيِّد بما يفديه من الجِنَايَة فكذلك لا يتبع هنا.

---

(١) التهذيب (٤/ ٥١٨).

(٢) الذي في التهذيب قَوْله «إذ له عظم رقبته» (٤/ ٥١٨).

(٣) التهذيب (٤/ ٥١٨).

قَوْله: (إلا أن يفتديها السَّيِّد بجميع الدية)(١). أي المقدم رقبته وإن كانت دون الدِّية بكثير فإن أبىٰ من إسلامِه فلابدّ من كلِّ الديةِ.

قَوْله: (وليس لهم العفو علىٰ رقه)(٢). لأن إبطالَ التدبير باطلٌ لا يجوز.

قَوْله: (وإلا حلف)(٢). إن كان معسراً فلا فائدة في يمينه بل يَبطل العتق، لكن إن طرأ له مالٌ فحينئذ يحلف.

ونظيره: لو مَلَك زوجته قبل البِناء طلاقا، فقالت: ثلاثة، وقال: بل واحدة، فلا يحلف الآن لأنه لا فائدة إن تبيَّن فالواحدة كالثلاث، فإن أراد بعد ذلك أن يردّها فيحلف أنه ما ملكها إلا واحدةً.

قَوْله: (بين أن يسلمه أو يفديه مدبرا)(٣). هذا علىٰ التقديمِ والتأخير، والتقدير بين أن يسلمه مدبرا، أي لا يبطل التدبير بل الجِنَايَة في الخدمة لا في رقبته.

قَوْله: (ورق باقيه للمجروح)(٤). لا خلاف في هذه.

والفَرْق بين هذه وما تقدَّم أن السَّيِّد قد أعتَقَ العبدَ ثم أسلم فلم يبْقَ له شيءٌ فيه فلا مقال لورثتِه، وإنما يملِك المجروج لا الورثة ما بَقِي منه [٢٥٩/ب] رقًّا.

قَوْله: (واتبع بثلث ما في الأرش)(٥). أي علىٰ الخِلاف في الاتّباع لمن أعتق.

قَوْله: (إن كان قيمةُ ذلك مثل ما قابَله)(٦). يعني أو أقلّ، وأما إن كانت

(١) في التهذيب «إلا أن يفديها» (٥١٩/٥)

(٢) المصدر نفسه (٥١٩/٤).

(٣) في التهذيب «يفتديه» (٥١٩/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥١٩/٤).

(٥) في التهذيب «واتبع بثلث بقية الأرش» (٥٢٠/٤).

(٦) المصدر نفسه (٥٢٠/٤).

أكثر فيعتِقُ الزَّائد.

قَوْله: (ولم يَلحَقْهُ دينٌ)[1]. لأنه إنشاءٌ بعدَ العِتْق مع بقاءِ ذمَّة السَّيِّد.

قَوْله: (لم ينظر إلىٰ ذلك)[1]. لأنه أيضاً دينٌ حدَثَ بعد العِتق، وقال أَشْهَب: ينظر إلىٰ الدين لأن هذا عتقٌ يخرج من الثلث، فوجب أن يردَّه الدين كالمدبّر.

قَوْله: (إن كان له معين)[1]. أي أجنبي وإلا رقّ ثلثاه لأهل الجِنَايَة، لما تقدم من أنه لم يبقَ للسَّيد فيه شيءٌ.

قَوْله: (قبل العتق)[1]. هذا بيِّنٌ لأن الدَّين قبل العتق يردُّهُ.

قَوْله: (فرضِيَ شريكُه)[2]. فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهما يتقوماه، فإن حصل لمن دبَّر كان كلُّه مدبرا، وإن حصل للآخر صار كله رقًّا.

والثاني: يخيَّرُ الشريك بين أن يقوم علىٰ شريكه نصيبه فيصير كلُّه مدبّرا أو يتماسك، وعلىٰ هذا قَوْله: «فرضي».

والثالث: يتماسك ولا يخيَّر.

قَوْله: (وأتبعوه بما بقي لهم)[2]. علىٰ المَذْهَب.

قَوْله: (فعقله لسيده)[2]. لأنه في أحكامه كالقنِّ وليس كمالِه، أي لا يبقىٰ بيده كمالِه.

قَوْله: (كمالِها)[2]. أي يبقىٰ بيدها لأنه منفعة لها لا جناية عليها.

---

(١) التهذيب (٤/٥٢٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٢١).




قَوْله: (إذ به استحلت)[1]. أي فهو كما يوهب لها.

قَوْله: (خير بين إسلامه عبدا)[1]. لأنَّا لا نحكُم علىٰ الذِّمِّي في ذلك، ولا يتعرض لهم، فلو باعه صحَّ، وكذلك إذا أسلم رقبتَه أو خِدمَتَهُ.

قَوْله: (ولو أسلم مدبّره)[2]. فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق عليه ولا يبقَىٰ المسلم علىٰ مِلْك الكافر، وهو قول الشَّافِعي، لأنه منَعنا تدبيره من بيعه فعومل بنَقيض مَقصودِه.

الثاني: أن يبقىٰ علىٰ مِلكه، ولكن يؤاجَر عليه لأنه ليس له فيه إلا الخدمةُ.

وقيل: يباع عليه ويَبطُل تدبيرُه.

قَوْله: (وصار حكما بين مسلم وكافر)[3]. فيجب علينا الحكم بالتدبير كالمسلِم يدبِّر عبدَه.

قَوْله: (ثم حنثَ لم يعتقوا عليه)[4]. هذا علىٰ أنهم غيرُ مخاطبين بالفروع.

قَوْله: (كان عقله لسيده الذِّمِّي)[5]. لأنه لا يخرُج عن ملكه بنفس الإسلام حتىٰ يباع عليه، وكذلك عبدُه القنُّ لو أسلم وقتل قبْلَ بيعه كان عقله له.

قَوْله: (أحسن ما سمعنا)[6]. أشار إلىٰ الخلاف؛ فالمَذْهَب أن القيمة تعتبر يوم الحكم لأنه حينئذٍ وجَب عليه أحد الأمرين.

---

(١) التهذيب (٥٢١/٤).
(٢) المصدر نفسه (٥٢٢/٤).
(٣) في التهذيب «بين مسلم وذمي» (٥٢٢/٤).
(٤) المصدر نفسه (٥٢٢/٤).
(٥) في التهذيب «كان عقله لسيده» (٥٢٢/٤).
(٦) المصدر نفسه (٥٢٢/٤).

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنها يوم الجِنَايَة، لأنه يومُ التَّعدي.

وثمرةُ الخلاف: أنه على الأول إن مات قبلَ الحكم لم يكن عليه شيء، وعلى الثاني يلزمُه مطلقاً، وقال علي بن الجَهْم: إنها كالمدبِّر له فيها الاستخدام فجنايتُها في خدمتها، وهو قول الشَّافِعي.

قَوْله: (وعلى السَّيِّد فيه الأقل)[1]. فإن كان الأَرْش فهو الذي به وقعَ التعدي وإن كانت القيمة فلأنها لو كانت قنّا لم يجب عليه إلا رقبتها، والقيمة تقوم مقامها.

قَوْله: (يحاص بذلك أهل جنايتها غرماء سيدها)[2]. لأنها لم تتعلق الجِنَايَة برقبتها ولا بخدمتها، بل تعلّقَتْ بذمَّة سيّدها.

قَوْله: (بغير مالها وقيل: بمالها)[3]. قد تقدم توجيهُ القولين في القنّ، وأما ولدها فإن كان من السَّيِّد فهو حرٌّ، وإن كان من غيره فليس هو الجاني.

قَوْله: (فليس عليه أكثرُ من ذلك)[4]. وإن كانت الجِنَايَة أضعافَ قيمَتِه.

قَوْله: (ولا يخيّر سيده)[4]. أي في إسلامه رِقًّا، لأن التدبير لا يبطل.

قَوْله: (ولا من أسلم إليه)[4]. يشير إلى أحد القولين في المدبر إذا أسلم خدمَتَه إلى المجنيّ عليه، ثم جنى على أحد فإنه في أحد القولين إن شاء افتكّه ليسلم له خدمتَهُ، أو أسلمه فتبطل خدمته إيّاه، ولا يجزئُ ذلك في أمِّ الولد لأنها لا تستخدَم.

---

(١) في التهذيب «فيه الأقل» (٤/٥٢٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٢٢).

(٣) يريد قَوْله «وتقوم أمةً بمالها، وقيل تقوم بمالها» (٤/٥٢٣).

(٤) التهذيب (٤/٥٢٣).

قَوْله: (بخلاف العبد)[1]. لأنه لا يتجه فيه ذلك، لأنه [٢٦٠/أ] إذا أسلم إلىٰ المجني عليه صار رقّا له، فلو جنىٰ ثانياً خُيِّر بين إسلامه وافتكاكه كسيِّده الأصلي.

قَوْله: (مع الأَرْشِ)[1]. لأن قيمتها معينةً تنقُص عما يجب لك من قيمتها سليمةً، فعليه الأقلُّ من الأرش ومن قِيمَتها معيبةً مع الأرش.

قَوْله: (فإن كان فيه وفاء)[1]. بالجِنَايَة أو كان أكثر منها فلا خيار للسَّيدِ، لأنه لا حاجة إلىٰ تقويم ما يصح بيعه (.) كالقنِّ.

قَوْله: (لم يلزم السَّيِّد ذلك)[2]. هذا بناءً علىٰ المَذْهَب من أنه لا يجب في العمد إلا القَود، فإن {طَلب} أولياءُ الدّم الديةَ وأَباها القاتلُ لم يلزمه ذلك، وأمُّ الولد كالحر لأن جنايتها تعلقت بذمة سيدها فكأنه الجاني، فإن أرادَ إسلامَها للقَود لزِم ذلك.

قَوْله: (فلهم القتل)[2]. لأنهم إنما عفو علىٰ شرْطِ الدية ولم تؤخذ، وعلىٰ قول أَشْهَب في الحر أن أولياء الدم مخيرون بين الدية والقود فلزِم السَّيِّد القيمةُ لأنها كالحر، واتَّفَقْنا في العبد أن الخيار للأولياء في القود أو الدية لأنه مالٌ.

قَوْله: (ولها حكم العبد)[2]. هذا قول ثالث في أم الولدِ أنها كالقنّ.

قَوْله: (فلا شيء علىٰ السَّيِّد)[2]. لأنه إنما يجب عليه ذلك بالحكم.

قَوْله: (فلا شيء علىٰ أم الولد)[2]. لأنه قد انتقلت الجِنَايَة إلىٰ ذمَّة السَّيِّد، وقد مات معسرا فلا شيء للمجني عليه إلا أن يظهر للميتِ مالٌ.

---

(١) التهذيب (٥٢٤/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٢٥/٤).




قَوْله: (وهذا إذا قاموا على السَّيِّد وهو حيٌّ)(١). لأنه إنما يجب عليه ذلك بالحكم، وهذا تفسيرٌ لا خلافٌ، وعلى القول بوجوب ذلك عليه يوم الجِنَايَة يلزَمُهُ.

قَوْله: (وذلك عليها). لأنها قد صارت حُرّة بموت السَّيِّد فصحّ اتباعها.

قَوْله: (فعليه صداقها). أي ويحد لأنه تعدّىٰ على حق الله فحُدّ، وعلى حق آدميّ فلزِمَه الصداقُ، بخلاف الطائعة بالزنىٰ لا صداق لها لأنها أسقطت حقها، وقال أبو حنيفة: لا صداق للمفتضّة كالطائعة؛ قال: ويدل على ذلك أنه لو وجب لها الصداق لتكرَّر بتكرُّرِ الزنىٰ، قلنا: كذا كان القياسُ لولا الإجماع على سقوطِه في التكرار.

قَوْله: (فلا شيء عليه إلا الحد). خلافا [للشافعي](٢) لأن البُضْع لابد فيه من الصداق مطلقا.

ولنا أن الأمَة مال وإن نقصها كان عليه النقص مع الحد، وعند الشَّافِعي مع الصداق، وإن تطوعت الأمة بالزنىٰ لزم الحدُّ مع النقص أيضا.

وقال أَشْهَب: لا يلزم النقص قياسا على طوع السفيه.

ولنا أن السفيهة أسقطت حقها، والأمة أسقطَتْ حقَّ الغير.

قَوْله: (إلا في المكاتبة). لأنها أحرزت نفسها ومالها.

قَوْله: (ويقاصّها به في آخر نجوم كتابتها). لأنه قد يعجز فتبيَّن {أن ذلك الأرش مالٌ للسيّد لا لها، فإذا كان آخر الأنجمِ تبيَّنَ} أنهُ لها.

قَوْله: (فلا شيء عليها). كما قيل: «عبدكم جنىٰ عليكم» يعني ما لا

---

(١) من هذا إلى قوله (وهو بخلاف أمه) كله من التهذيب (٤/٥٢٦).

(٢) في المتن «لشافعي»، والصواب ما أثبته.

قصاصَ فيه.

قَوْله: (كالمدبر). أي في خدمته، فيدفع من خدمته للمجنيّ عليه بقدر الجِنَايَة، ويفتكّه السَّيِّد، وقيل: كل خدمته إلىٰ الأجل، فإن أعتق قبل تمام الجِنَايَة اتّبع بالباقي علىٰ المَذْهَب، وقيل: لا يتبع لأنه صار حُراً فلا حدّ عليه.

قَوْله: (أو يسلم خدمته). ليس للسيّد في ولد أمٍّ ولده إلا الخدمَةُ، لأنه لما تعذر أن يكون له وطء الولد كما في الأم كانت فيه الخدمَةُ، فصار كالمدبّر في الجِنَايَة.

قَوْله: (وهو بخلاف أمه). لأنه لا خدمة عليها وجنايتها في ذمّة سيدها.

قَوْله: (فله أن يفديها بالأقل)(١). أي من القيمة أو الجِنَايَة، كان ينبغي أن يخيّر بين إسلامها وافتكاكها بالأرْشِ، لأنه لو باعها صحّ له ذلك.

قَوْله: (ويحلّ وطؤها لمن أسلمت إليه أومن ابتاعها)(١). لأنه لا خدمة لهذه الشابية التي فيها.

قَوْله: (ففي ذمتها)(٢). لأنه إذا كان ذلك في ذمة العبد القن، فأحرىٰ أمُّ الولد، [٢٦٠/ب] لأنها أقرب إلىٰ الحرية؛ إذ لا تبطل هذه الشابية إذا كانت صحيحة بدَيْنٍ ولا غيرِهِ.

قَوْله: (لا قود بين الأرقّاء والأحرار في الجراح)(٢). لعدم التساوي، ولأن التشفي لا يحصل بالعبد، لكن يكون ذلك جناية في رقبته فإما يسلمه سيده فيها أو يفتكه، وقيل: إذا كان الجاني العبدُ اقتصّ منه لأنه إذا اقتص من الحرّ للحرِّ

---

(١) التهذيب (٤/٥٢٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٢٧).

فأحرىٰ في العبد.

قَوْله: (فلا يقتل حرٌّ بعبد)[1]. خلافا لأبي حنيفة، ودليلُه التمسك بعموم: ﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، ووافق علىٰ أنه لا يقتل به سيده، فالآية مخصوصة بهذه الصّورة، ونحن نقيس عليها بجامع أنه دون القاتل في الرقبة.

قَوْله: (إلافي حرابة)[1]. ليس هذا قصاصاً، بل لَو لم يقتل المحارب جازَ قتلُه للإمام.

قَوْله: (إن شاء الولي)[1]. يعني أن وليَّ الدم هنا مخيَّرٌ بين القصاص والدية، بخلاف الحرِّ مع الحرّ. وقال أَشْهَب: في الحر مع[2] كالعبد يقتل الحر يتخيَّرُ ولي المقتول، وخالف أصله فيما إذا عفىٰ المقتولُ الحر عن قاتله الحرِّ، فقال يكون ذلك من رأس ماله، كأنه يرجع إلىٰ قول ابن القاسم.

قَوْله: (خير سيد العبد)[3]. أي لما استحياه الولي رجع الخيارُ إلىٰ السَّيِّد.

قَوْله: (ما بَلَغَتْ)[4]. خلافاً لأبي حنيفة أن قيمته إذا بلغت دِيةَ الحدِّ فلابد أن ينقص منها ربع دينار حتىٰ لا يُسَوَّىٰ بينهما، ويَروي في ذلك حديثا عن ابن عباس[5].

---

(١) التهذيب (٤/٥٢٧).

(٢) كذا في المتن.

(٣) في التهذيب «خيّر سيده» (٤/٥٢٧).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٢٧).

(٥) قال البدر العيني في البناية عند شرح قول المرغيناني (بأثر عبد الله بن عباس ﵄): قال المخرج هذا ضعيف، وقال الاترازي روىٰ القدوري في شرح مختصر الكرخي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: في قيمة العبد لا يزاد علىٰ عشرة آلاف إلا عشرة، وقال الأكمل وغيره: وقع فيي بعض النسخ «ابن عباس»، وهو ما روي عنه لا يبلغ قيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم وهو الأصح=




قَوْله: (بعد برئه)[1]. أي لا ينظر في أَرْش الجراحات إلا بعد أخذِ مالها مخافة أن يسري إلىٰ النفس، وفي الموضحة عُشر الدّية، وفي المنَقِّلَة عُشر ونصفُ العُشر، وفي الجائِفَة والمأْمُومة[2] ثلث الدية، يؤخذ ذلك القدرُ من ثمن العبدِ.

قَوْله: (لا ينقص ثمنه إذا برئ)[3]. يعني علىٰ غير شين، أما إذا برِئَت علىٰ شين فهل يزاد علىٰ الأرش قدْرُ ذلك أولا؟ قولانِ:

فقيل: لا يزاد كالحُرِّ، وقيل: يزاد لأن العبدَ مالٌ.

قَوْله: (فإن لم يعلم بالجِنَايَة). هذا معذور فما فعل صحيح، وقد تعلّقت الجِنَايَة بذمَّتِه وثبتَ كونُها أُما ولد، بخلاف إذا علم فقد التزم جميع الأرش بوطئه وإن كان أكثر من القيمة.

قَوْله: (أسلمت للمجني عليه). أي بعد الوضع ولا يتبع بالجِنَايَة؛ لأنها قد استقرت في رقبتها.

قَوْله: (لا تسلم أمة بولدها). في الجِنَايَة، فلذلك لم يكن عليه قيمةُ الولد.

= لموافقته لأكثر النسخ، وقال الاترازي ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غير صحيح، لأن مذهب ابن عباس مثل قول أبي يوسف». البناية شرح الهداية للبدر العيني الحنفي (١٣/٣٠٢). ورواية ابن أبي شيبة في مصنفه، في كتاب الديات، من قال لا يبلغ له دية الحر، عن إبراهيم والشعبي، قالا: «لا يبلغ بدية العبد دية الحر في الخطأ» ٢٧٢١٥. وعبد الرزاق في المصنف عن ابن جريج عن عطاء. كتاب العقول، باب دية المملوك.

(١) التهذيب (٤/٥٢٧).

(٢) تقدم تعريف الموضحة في كتاب الصلح، والمنقّلة: التي تنقلت عظامها، والجائفة: التي تصيب الصفاق من الجوف ولو بمدخل إبرة، والمأمومة: أو الآمة التي تصادف أم الرأس وتدخل في الدماغ أو تصل إليه، ولو بمدخل إبرة. انظر شرح غريب ألفاظ المدونة (ص: ١١٣ ـ ١١٤).

(٣) من هذا إلىٰ قوله: (وقال غيره) كله من التهذيب (٤/٥٢٨).




قَوْله: (لزمته لهم قيمتها). أي الأقلُّ من قيمتها أو الدين؛ لأنه إنما تعدىٰ علىٰ قدر متعلق الدين، وليس هو في رقبتها كالجِنَايَة، فإن لم تفت قيمتُها بالدين أخذ منه قيمَةَ الولدِ، لأنَّ الدين متعلق بالأمَةِ وولدِها بخلافِ الجِنَايَة.

قَوْله: (بيعت لهم في دينهم). أي بعد الوضع، واتبع بقيمَة الولد إن لم تفت القيمة بالدين، وعلىٰ القول بأنه لا يؤخذ فيه الولد في الاستحقاق، فكذلك هنا.

قَوْله: (أتبع بقيمتها). أي وبقيمة الولد علىٰ المَذْهَب، ولم يتبع هنا لأنه لم يتعدَّ، وولدهُ حرٌّ في الموضعين، لأنه وطءٌ بشُبهَةٍ.

قَوْله: (وقال غيره). ليس بخلاف، ومعناهُ أن السَّيِّد المديان يجوز له وطءُ أمَته لأن الغرماء دخلوا علىٰ ذلك، فإن استولدها كانت أمَّ ولدِه، ولم يجز بيعها وأتبع بالدَّين في ذمته.

قَوْله: (إذ لو باعها)[1]. أي لا يكون وطؤُه إياها وحملها منه فوتاً، بل يدفعها دون الولد للمجنيِّ عليه إن لم يكنْ له مالٌ، لأن الجِنَايَة في رقبتها قبل وطئِه.

قَوْله: (لم يرد العِتْق)[1]. لأن الدين لم يتعلق برقبتها، بل بذمة الميت وصحَّ العتْقُ وإن كان الورثة معسرين، لأن البيع صحيح بعدم العلمِ بالدين.

قَوْله: (يخير سيد المجروح)[1]. أي إذا كان العبد جانيا خُيِّر المجني عليه في جرحه أو قتله بين القود والدِّية بخلاف الحرِّ الجاني.

[٢٦١/أ] والمَذْهَب أنه يتعيَّنُ القود، وعلىٰ قول أَشْهَب: هو كالعبد سواءٌ، فيُجبَر وليُّ المقتول كذلك في الجرح سواء.

---

(١) التهذيب (٤/٥٢٩).

قَوْله: (بطلت الجِنَايَة)[١]. لأنها تعلقت بالرقبة وقد عدِمت.

قَوْله: (كانت رقبته ومالُه في جنايتِهِ)[١]. هذا في الخطأ لأنه مالٌ، أما في العمد فإذا مات سقط الطلبُ والتخير بين القَود والدِّية في العبد إذا كان مع حياةِ القاتل، وكذلك في الحرِّ علىٰ مذهب أَشْهَب؛ إذا مات القاتل الحرِّ لم يكن لوليّ المقتول ديةٌ.

قَوْله: (فأهل دَينه أحق بماله)[٢]. لأنه متعلَّقُ الدين، ومتعلَّق الجِنَايَة الرقبةُ.

قَوْله: (أن يقتص من عبده لعبده)[٣]. هذا المَذْهَبُ، وقيل: لا يجوز له ذلك لأن العبد مال كما لو (.) بهبة لم يجز له أن (.) بها.

قَوْله: (ولا يكون ذلك إلا عند السلطان)[٣]. لأنه يتّهم السَّيِّد أن يقصد المثْلَة بعبدِه ويدَّعيَ ذلك عليه.

قَوْله: (حد الخمر والزنىٰ)[٣]. لأنه لا مثلَةَ في ذلك.

قَوْله: (إذا كان له بذلك بيِّنَةٌ)[٣]. أي بأنّ دعواه حقٌّ.

قَوْله: (لم يصدق علىٰ الجرح)[٣]. إن كانفي ذلك ثلث الديةِ فأكثرُ، وهو ما تغرم العاقلةُ، لم يكن فيه شيءٌ، لأنه لم يثب أنه حرٌّ والعاقلة إنما تحمل ديةَ الحرِّ لا البعد.

وإن كان دون الثلثِ فلا يكون للسيد؛ لأنه قد ادّعىٰ أنه حر ولم تثْبُتِ الحرية، فيكون للعبد بحسابِ ما نقص من قيمته عبداً سالما، وإن كان قتله خطأً

---

(١) التهذيب (٤/٥٢٩).

(٢) في التهذيب «فأهل الدية أولىٰ بماله» (٤/٥٢٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٣٠).

فعلىٰ ما تقدم من التفصيل، وإن كان عمدا فلا قصاصَ، لكن يكون علىٰ القاتلِ القيمَةُ تكون لورثةِ العبْدِ الأحرارِ أو لسيدهِ بالولاءِ.

وأما في القذفِ فلا شيء فيه لأنَّه لم تثبتْ حريته، ولكن يُعزَّر القاذِف لأنه آذىٰ مُسلِماً.

قَوْله: (كان له حكم الحر في ذلك أقر السَّيِّد أو جحد)[1]. لأنه قد ثبت العتق بالبينة. ووَجْهُ المَذْهَبِ في الفَرْق بين سيِّد العبد والأجنبي {أن السَّيِّد له شبهةٌ في المِلْك ليست للأجنبي، وأَشْهَب سوّىٰ بين السَّيِّد والأجنبيّ} فجعل للعبد إذا ثبتت له الحرية والسَّيِّد جحد حكم الحر مطلقاً بينه وبين الأجانب، وبينه وبين السَّيِّد.

ولنا قول ثالثٌ: إن شهدت البينةُ فقالت: إنه قال له أنت حرٌّ، فهو كالحر معه. وإن قالت: قالَ إنْ فعلت كذا فأنت حُرٌّ، فهو كالعبد معه؛ لأنه في التعليق قد ينسىٰ السَّيِّد، ولا ينسىٰ المجنِيُّ.

قَوْله: (ففي رقبته للحرة صداق مثلها)[2]. لأنها جناية جناها، أما إذا تطوعت الحرة له فليس عليه إلا الحد، لأنها أسقطت حقها، {وإن كانت أمة فعليه ما نقص، وقال أَشْهَب: ليس عليها ما نقَصَ لأنها أسقطت حقها} كالسفيهَة.

والفَرْق أن حق الأمة لغيرها، قول ربيعة: هو لها، يعني أن يساوي صداقها قيمتها، وذلك ينفي العار عنها، ولهذا قال فيما يكون قيمتُهُ أكثر من صداقها يباع بعرض أخرىٰ يبقىٰ إليها حتىٰ يزول العار عنها، وليس المَذْهَب.

قَوْله: (فذلك في ذمته إن عتق)[2]. وإن لم يدلس البائع فلا يتبعه بشيءٍ

---

(١) التهذيب (٤/٥٣١).

(٢) في التهذيب «ففي رقبة العبد للحرة» (٤/٥٣٢).

سواء رده بالعيب أو أمسَكَه.

قَوْله: (إما أسلمه البائع أو فداه)[1]. وإن لم يدلس البائع بالعيب، فيكون أرشُ الجِنَايَة على المشتري لأنها طرأَتْ وهو في مِلْكه، فإن شاء افتَكَّ أو أسلمه؛ فإن افتكّه فإن شاء ردّه بالعيب القديم ولا يرجع بشيءٍ مما أدّى، وإن شاء أمسكه ولا شيء له، وإن قطع العبد في ذلك، فلو دلّس البائع ردّه عليه اقطع من غير أرْش وأخَّر جميع الثمن، وإن لم يدلس فلا يرد إلا بأرش النقص لأنه طرأ عنه كالعيوب الطارئة عنده، والبائع معذورٌ لأنه لم يعلَمْ بذلك.

قَوْله: (لم يصدق)[2]. مخافة أن يدعي جنايةً في رقبته حتى يُسلم سيده إلى غيره ويُخْرِجَه عن مِلكه.

قَوْله: (فإنه يصدق)[2]. لهذه القرينة الدالة على ذلك، بل لو أنكر مع ذلك لم يلتَفت إلى إنكاره.

قَوْله: (وقد ضمرت أصبعه)[2]. أي قصرت ورقت من العضُدِ فهذه قرينة [٢٦١/ب] جعلها لوثا[3] فإن خلفوا كانت الأمَةُ لهم إن لم يفتكّها سيِّدُها.

قَوْله: (فإنه يقبل إقراره فيه)[4]. لأنه لا يُتَّهَم عاقل في إدخال ذلك على نفسه لقصد الفرار من سيّدِه.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا يصدق لأنّ جميع أعضائِه لسيّده، ليس له منها شيء فلا

---

(١) التهذيب (٤/٥٣٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٣٣).

(٣) اللوث: هو أمارة يغلب معها على الظن صدق مدعي القتل كشهادة العدل الواحد على رؤية القتل. انظر عقد الجواهر لابن شاس. (٣/١٣١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٣٣).

يتصرفُ فيها.

قَوْله: (فإن عفا)[1]. أي إذا أطلق العبدَ ثم ادَّعىٰ أنه إنما أراد بذلك أن يكون عبدَه، فإن كان ممن يظن به أن إطلاق العفو يُسقِط حقّه لم يكن له ذلك، ولا أن يرجع إلىٰ القصاص، وإلا كان له.

أما إذا قال: عفوت علىٰ أنه لي فلا إشكالَ في هذا.

قَوْله: (وأعفو عن قطع يده). هذا لا يلتفت، لأنَّ ذلك حق الله وليس له إسقاطُه، وإنما حقُّه المالُ فقط.

قَوْله: (بقي علىٰ كتابته). لا يجوز له أن يعجز نفسه وإن رضي السَّيِّد إن كان له مال ظاهرٌ، ولنا قولان في النفي والإثباتِ مطلقاً.

قَوْله: (وإلا عُجِّزَ). فيصيرُ رقّا، ويخيَّر السَّيِّد.

قَوْله: (أو يفديه بالأرش). له حالان: إن فداه علىٰ ألّا يتبعه به فذلك بيِّنٌ، وإن كان علىٰ شرط اتباعه به فقولان؛ أحدهما: يصِحُّ، وهو بمنزلة كتابةٍ ثانيةٍ، والثاني: لا يجوز بل يعجِّزه ويصير رقّا.

ووجْهُ الخِلاف مبنيٌّ علىٰ الخلافِ: هل يجوز للسيد أن يُكرِه عبدَه علىٰ الكتابة أوْ لَا؟

قَوْله: (قبل القضاء عليه وبعده سواء). أي أن الأرش واجب لا يحتاج إلىٰ قضاءٍ.

قَوْله: (بخلافِ العاقِلَةِ). أي ما تحمله العاقلة يُنجَّم عليها في ثلاثِ سنين، ولكن لك هذا لأنه لو نجم عليه أدّىٰ إلىٰ أمرين محذورين: إما أن يتأخر حقُّ

---

(١) هذا إلىٰ قوله: (فلم يعجل له الأرش) كله من التهذيب (٤/٥٣٤).

السَّيِّد عن الأرش فذلك إضرارٌ بالسَّيِّد، أو يتأخّر الأرشُ فيؤدي إلىٰ أن يعتق قبله فسقط عنه لأنه إنما تعلَّق به حال عبودية.

قَوْله: (هل يبقىٰ علىٰ كتابته). المَذْهَب أنه علىٰ الكتابة، والأرش الذي يتبعه به سيِّده صحَّ.

قَوْله: (فلم يعجل له الأرش). يريد أن السَّيِّد يأخُذ منه الأرشَ بخلافِ العبدِ القنِّ؛ لأن المكاتب قد أحرز مالَه ونفسَهُ بالكتابة وصار كالأجنبيِّ.

قَوْله: (وللمكاتب دفْعُ أمِّ ولده في جنايته)[1]. أما إذا خاف العجز فيجوز له ذلك ويبعها قولا واحداً، وإن لم يخف العجز فهل يجوزُ له ذلك؟ قولان بناءً علىٰ: هل تكون له أمَّ ولد بالاستيلاد حال العبوديةِ فلا يجوز له بيعُها رجاءَ أن تعتق فيتحقق شائبتها، أو لا تكون له أم ولد إلا باستيلاد في الحرية فيجوز له بيعُها.

قَوْله: (فإن ثبتت الجِنَايَة)[2]. يعني أن ذلك لا يثبت بإقرار العبد القنِّ، لأنَّ ذلك في رقبته، وذلك يضر بسيِّده وللمكاتِب، لأنها وإن كانت في ذمته فإنّه يضر بالسَّيِّد ويؤدي إلىٰ عجزه عن الكتابة، فإن ثبتت بيِّنةٌ وقد عجز صارَ كالقنّ.

قَوْله: (بالأقل من المائة)[3]. لأن الأولياء قد رضوا بها بالصّلح.

قَوْله: (لم يجز). لما تقدم من إضرار السَّيِّد فلا يعتبرُ ذلك إلا ببيِّنَةٍ.

قَوْله: (ولهم في العمد قتله بإقراره). هذا المَذْهَبُ أنّ العبد يقبل إقراره فيما فيهِ القصاصُ، لأنه لا يُتّهم عاقلٌ بإضرارِ نفسِه وإيلامِها.

(١) التهذيب (٤/٥٣٥).

(٢) يريد قَوْله «فصالحه هنها أولياء الجِنَايَة علىٰ مائة دينار فلم يؤدها حتىٰ عجز، فإن ثبتت خير في إسلامه» (٤/٥٣٥).

(٣) هذا إلىٰ قوله: (فلا عتق له) كله من التهذيب (٤/٥٣٥).




وقال أَشْهَب: لا يقبل إقراره في ذلك لأن جميع أعضائه لغيرِه، فهو كمن أقرَّ علىٰ غيره، أما في حدِّ الخمر والقذف فيُقبَل إقراره اتفاقاً لأن ذلك لا يُذهِب شيئا من أعضائه بخلافِ القطع في السرقة.

قَوْله: (ولا في رقبته إن عجز). لأنهم قد أسقطوا حقَّهم من القصاص.

قَوْله: (لم يلزمه شيء عجّز أو عتق). لأن إقراره كان في حال لا يلزمه به شيء لحق الغير.

قَوْله: (ولو أقر بدين لزم ذمته). هذا بخلاف القنّ لا يقبل إقراره في ذلك.

والفَرْق أن المكاتب قد أحرز نفسه وماله، وهو مأذونٌ.

قَوْله: (في إسلام نصفه). لأن حظ هذا الولي إنما تعلق بنصف رقبته.

قَوْله: (إلا أن يزعم أنه عفا [٢٦٢/أ] لأخذ الدية). بأن يتقدم بينهما ما يدل علىٰ قصد ذلك.

قَوْله: (فلا عتق له). لأنه إنما أعتقه بعد تعلق الجِنَايَة برقبته فلم يُصادِف محلًّا.

قَوْله: (ورد معه ما اقتضىٰ)(١). هذا علىٰ المَذْهَب من أنّ العبد يرجع في الجِنَايَة بماله، وهذه النجوم التي قبضها بعد الجِنَايَة مالٌ للعبدِ.

قَوْله: (فإن فضل من ماله شيءٌ كان لأهل الجِنَايَة)(١). لأنه لما انتصف أهل الدَّين كان الباقي يقوم مقامَ الرقبة، فكأَنها أحق من السَّيِّد.

قَوْله: (فأهل الجِنَايَة أولىٰ بماله)(١). لأنها تتعلق برقبته وبماله، ولذلك إذا

(١) التهذيب (٥٣٦/٤).

أسلم إليه فماله يُدفع لهم.

قَوْله: (**والعبد مثله**)[1]. أي القنّ يموت عن مالٍ كالمكاتب.

قَوْله: (**بطلت الجِنَايَة والدين**)[1]. لذهاب مُتعلَّقَيْهِما.

قَوْله: (**لم يلزم الولدَ ديتُه وتلزمُه الجِنَايَة**)[2]. [لا][3] أنها متعلقه بالرقبة والعتق متوقف عليها، وعجْزُ الأبِ مؤدٍّ إلىٰ عجز الابن لأن بعضهم حميلٌ عن بعضٍ بالكتابة، فكذلك بما أدىٰ إلىٰ العجز.

وكذلك الدين في هذا المعنىٰ، ولذلك سوىٰ العبد بين الدين والجِنَايَة، وكأنَّ المَذْهَب فَرق بأن الجِنَايَة آكدُ من الدين، لأنه إن عتق بطَلت الجِنَايَة ولا يبطُل الدّين إلا بموتٍ دون مال.

قَوْله: (**أسلم السَّيِّد الجاني وحده**)[4]. لأن الابن لا مدخل له في الجِنَايَة.

وقَوْله: (**في حياة الأب**)[4]. لأنه إن مات بطلت الجِنَايَة، وبقي الابن متحملا للكتابة فقط.

قَوْله: (**ولم يرجع علىٰ أبيه بشيءٍ**)[4]. لأنه ذلك كان بعتق الأب وهو سببٌ لعِتْق الابن.

قَوْله: (**ولم يلزم ولده من ذلك شيء**)[5]. لأنه ليس حميلا عنه بشيء منها إلا بالكتابةِ.

---

(١) التهذيب (٤/٥٣٦).

(٢) في التهذيب «لم يلزم الولد دينه» (٤/٣٥٦).

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٤/٥٣٦).

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٣٧).




قَوْله: (لزمتهم)[1]. لأنهم تحمَّلوا بذلك عن أبيهم فلم تسقط الحمالةُ بالموت.

قَوْله: (وترك عبدا قد جنىٰ)[1]. لا فَرْق بين المكاتب في ذلك، وبين الحرّ، إذا كان له عبد جار وعليه دين، فأهل الجِنَايَة أحقُّ بعبده لأنها في رقبته من أهل الدين، لأن دينهم في ذمة السَّيِّد لا في عين شيء من عروضه.

قَوْله: (ومن جنىٰ مالا تحمله العاقلة)[1]. أي وكذلك من جنىٰ جناية أرشها أقلّ من ثلث الدية؛ فإن ذلك في ماله، لا علىٰ عاقلته.

قَوْله: ([ضرب][2] فيه أهل دينه وأهل جنايته). لأن الأرش دين في ذمة السَّيِّد كسائر الديون الذي عليه[3]، وليس لأهل الدين الذي من غير الجِنَايَة أن يقولوا: دينُنَا مقدّم لأنه عن عرض، لأنهما قد استويا بكونهما في الذمة وليست الجِنَايَة هنا في رقبة العبد.

قَوْله: (ومن قتل مكاتبه ومعه ولد)[4]. لو لم يكن معه أحد في كتابه لم يكن علىٰ السَّيِّد في قتله سِوىٰ التعزيرُ.

وكذلك عبده القنّ إذا قتله يعزر علىٰ ذلك فقط. فلما كان معه في الكتابة من يحمِلُ عنه أدَاها لزِمَت السَّيِّد قيمتُه، لأن ذلك مالٌ للمكاتب فيوقف إلىٰ آخر النجومِ إن كانت أقلّ من الكتابة، وإذا لم يحاسِبه الآن بذلك مخافة العجز فتبيَّن حينئذٍ أن القيمة كانت للسيد، لأنها مال عبده، فإن وفت بالكتابة عتق الجميع،

---

(١) التهذيب (٤/٥٣٧).

(٢) ما بين المعقوفين مبتور من المتن، وأثبته من التهذيب. (٤/٥٣٧).

(٣) كذا في المتن.

(٤) في التهذيب «ومن قتل مكاتبه عمدا أو خطأ» (٤/٥٣٧).

وتبين أن المقتول مات حُراً فله حكم الحرّ يرثه ورثتُهُ.

قَوْله: (علىٰ حاله في أدائه وقوته)(١). فإن كان يقدر علىٰ أداء العشر من الكتابة والثاني علىٰ الباقي، كان صاحب العُشر عشر الدية، والثاني تسعة أعشارها، وسواء بقي من الكتابة قليلٌ أو كثير، ولا ينظر إلىٰ قيمتها.

قَوْله: (وكذلك إن جرحه)(١). أي جرحا فيه حُكُومة (.) ذلك من قيمته، ويقاص به السَّيِّد من أخذ الأنجُمِ.

قَوْله: (فإنه يغرم قيمته)(١). [٢٦٢/ب] فإنّ ولدَها يدخل معها في الكتابة فيتعيَّنُ بأرْش جِنايَتِه.

قَوْله: (أخدت الأم من ذلك الفضل قدر مورثها)(١). أي الثلث أو السدس، وسَكتَ عن الباقي.

قال أَشْهَب: إن كان قتلُه خطأً ورث السَّيِّد الباقي، لأن قاتل الخطأ يرث من المال دون الدية، وإن كان عمدا لم يرث من المال ولا من الدّية فيكون لأقربِ النّاس من السَّيِّد؛ لأن من لا يرِثُ لمعْنًىٰ فيه لا يَحجُبُ، وإنما قلنا: «لمعنىٰ فيه»؛ [تحرزاً](٢) من الأخوة، وكذلك من لا يرث لمعنىٰ فيه لا يُورث، تحرّز من العمَّة ونحوها. وقال غيره: لا معنىٰ لهذا التفصيل لأن هذا الأرش بمنزلة الدية، والقاتل عمدا أو خطأً لا يرث منها.

قَوْله: (ولا تَراجُعَ بينهم)(٣). لأن كل واحد من هؤلاء لو ملك الثاني عتق عليه، فلا يتبعه هو بشيء مما أعتقه له فكذلك السَّيِّد، ولو كان بعضهُم أجنبِيًا

(١) التهذيب (٤/٥٣٨).

(٢) في المتن: تحرز، والصواب ما أثبته.

(٣) التهذيب (٤/٥٣٨).

اتبعه السَّيِّد بقدر ما كان يتبعهُ عبدُه.

قَوْله: (الذين معه في الكتابة)[1]. هذا المَذْهَبُ، لأنهم الذين يُساوُونه في كل أحواله.

قَوْله: (وليس لغرماء المكاتب أو العبد في قيمتها شيء)[2]. لأن حقهما متعلق بمالِه وذمَّتِه لا برقبَتِه ولا شيء منهما فلا يشاركون في أرش شيء من ذلك كما لا يدخلون في ثمن العبد المديان إن بِيعَ.

قَوْله: (ولا ينظر إلىٰ قلة ما بقي عليه)[3]. بل يعتبر قدر أدائه عمّن قدرَ منهما علىٰ درهم في اليوم، والثاني علىٰ درهمين ففيه الأول ثلث الكتابة كلها وقيمة الآخر بثلثاها.

قَوْله: (فقيمتها متفقة)[3]. لا يعتبر هنا إلا القدرة علىٰ الأداء فقط.

قَوْله: (قيمتها مختلفة)[3]. أي التي لا تعتبَرُ هنا.

قَوْله: (مع قيمة رقبته)[4]. مشكلٌ؛ لأنه لا يعتبر ذلك كما قلنا، فإذا اختلفَ الأداءُ فالقيم مختلفة.

قَوْله: (وما فضل فللولد)[4]. لأنه لا ماله[5]، ولا يرجع علىٰ أبويه بشيء لأنهما يعتقان عليه جَبْراً لو مَلَكهُما، فإذا أعتقهما من مِلْكه فقد فعلَ ما يجب عليه فلا يتبعهُما بشيءٍ لأنه إنما قام عن نفسه لا عنهما بواجبٍ.

---

(١) التهذيب (٤/٥٣٨).

(٢) في التهذيب «في قيمتها إذا قتلا شيء» (٤/٥٣٨).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٣٨).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٣٩).

(٥) كذا. ولعله [لا مال له]

قَوْله: (وأما ما اكتسب الابن)[1]. لأن هذا ماله إن عجز بقي بيده، بخلاف أرْش الجِنَايَة عليه فهو بعجزه للسيد فلذلك عجل وحاسبهم به في أخذ الكتابة مخافة أن يَعجَزوا فيكون له، ولكن إن خافوا العجز أدّىٰ عنهم من كسبه لأنه مالٌ لأحدهم، وكذلك الأجنبي في ذلك سواء.

قَوْله: (إذا كان له مال ظاهر)[1]. هذا المَذْهَبُ لا يصح تعجيزهما وإن وافق السَّيِّد إذا كان لهما مالٌ ظاهرٌ، لأن ذلك لحقِّ الله.

قَوْله: (إلىٰ أن يبلغوا السعي)[1]. إن لم يبلغهم فيأخذه السَّيِّد من الآن لئلّا يتلف عليه.

قَوْله: (كجناية عبد)[2]. أي هو في ذلك بمنزلة العبد ما بقي عليه درهمٌ.

قَوْله: (فحجته أن يعجز العبد)[3]. أي يقول أخاف إن تركتُ ذلك لهم أن يتلف ويعجزوا ويرجع العبد المجني عليه عبدا مغصوبا، أي معيبا ناقصَ الأعضاءِ.

قَوْله: (علىٰ وجه النظر)[4]. أي إن كان افتكاكه أرجح لزِمَه ذلك، أو إسلامه أرجح فيتعين عليه، لأنه لا يجوز للمكاتب أن يتصرف في ماله إلا علىٰ وجْهِ النظر.

قَوْله: (بأمر الإمام)[4]. أي لا يجوز للسيِّد أن يستبد بذلك لأنه يتّهم أن يمثل به ويدعي أنه جنىٰ عليه.

قَوْله: (فيكون له مثل ما للسيد من الحجة)[4]. فمن ادعىٰ منهما القصاص كان القول قول الآخر، لأن للسيد أن يقول: في القصاص إتلافُ مالي، وللولد

---

(١) التهذيب (٥٣٩/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٤٠/٤).

(٣) في التهذيب «لحجته» (٥٤٠/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٤٠/٤).




أن يقول: فيه تعجزٌ لي عن أداء الكتابة.

قَوْله: (**لم يكن لمن عفىٰ أن يقتله**)(١). لأنه بالعفو قد أسقطَ حقّه.

قَوْله: ([٢٦٣/أ] **بطل القتل**)(٢). لأنه بالعفو تعذَّر القِصاص وصار كالخطأ، فإن قدر المكاتب علىٰ أداء الديّة حالَّة تبت علىٰ كتابته، وإلا عُجِّز وخيّر سيّده بين الإسلام والافتكاك.

قَوْله: (**لأنه أحرز ماله**)(٢). أي صار بالكتابة كالأجنبي يصِحّ أن يتبعه السَّيِّد بذلك ديْناً في ذمته، كما أنه لو أتلف السَّيِّد من ماله شيئا لَتَبِعه المكاتب به كالأجنبي، وذلك كله بخلاف القنّ.

قَوْله: (**وأتبعه السَّيِّد بحصة ما عتق منها**)(٢). أما الأجنبي فبيِّنٌ، وأما الأخ فإنه قاتل، وهذا المال بمنزلة الدّية فلا يرث منها القاتل عمداً أو خطأ.

قَوْله: (**إن كان علىٰ أدائِها قادِراً**)(٣). لأنه لو عجَّلها لزِم السَّيِّد أن يُعتِقها فلا تهمة بأن يكون قَصَد بالقتلِ تعجيلَ العتقِ والزوال عن خوف الرقّ بالعجز، فإذا لم يكن للجاني مالٌ وللمقتول مال قَوِيت التهمة فلا يقتل حينئذ في مال المقتول الذي تَركه، بل يبقىٰ في الكتابة ويُؤخذ بالقيمة، فإن كانت كفافاً بالكتابَة أو ما بقي منها عتق واتَّبَعه السَّيِّد بما نابه من ذلك، لأنه لا يرِث منه شيئا.

قَوْله: (**وإن كان القتل خطأ**)(٤). لا تهمة في الخطأ، فيعتق في ماله ويرجع السَّيِّد علىٰ الأجنبيّ بما نابه من مال المقتول في عتقه لا علىٰ الأخ، لأن قاتل

---

(١) في التهذيب «لم يكن لمن كان عفىٰ عنه منهم أن يقتله» (٤/٥٤٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٤١).

(٣) في المتن: «قادر»، والصواب ما أثبته من التهذيب. (٤/٥٤١).

(٤) التهذيب (٤/٥٤٢).




الخطأ يرِث من المال، بل يرجع عليه نقمة الأخ لأنه لا يرِث من الدِّية.

قَوْله: (ولا يرجع عليه بشيء)[1]. أي على ما كان في الكتابة إن كان مما لا يجوز له ملكه.

قَوْله: (لم تقتل به)[2]. يعني بالعبد[3] هنا شبه العمد، مثل أن يرميه برمح فيقتله، أما محضُ العمدِ ومثلُ إضجاعِه وذبحِه فيُقتَل الأبُ فيه بابنِه.

قَوْله: (لأنه معروف)[4]. أي وهو ممنوع من التبرعات كلها.

قَوْله: (ويخير سيد الجاني)[4]. يعني المكاتب.

قَوْله: (فيتم له ما شاء)[4]. لأنه صار حُرًا.

قَوْله: (ولم يقاصّه بها في كتابته)[4]. لأنه يتَّهمُ إن أرادَ تعجيلَ الكتابة فيبقى على نجومها.

قَوْله: (لأنه جنى على مال له)[4]. وذلك ليس للسيد، لأن المكاتب قد أحرز مالَه، بخلاف أن يجني على عضْوٍ منه، فأرش ذلك مال للسيد على تقدير العجز.

قَوْله: (عتقوا)[5]. ويوقف الولاء، فإن أدّى المكاتبُ الأعلى [عتق[6]] وكان له، وإن عجز كان الولاءُ لسيِّدِه.

---

(١) التهذيب (٤/٥٤٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٤٣).

(٣) كذا، والظاهر من المسألة أن يقول «بالعمد»، لقول التهذيب «وإذا قتلت مكاتبة ولدها عمدا لم تقتل به» (٤/٥٤٣).

(٤) التهذيب (٤/٥٤٣).

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٤٣).

(٦) مبتور جله، ولعل ما أثبته هو الصواب.

قَوْله: (لم يدخل السَّيِّد مع الغرماء)[1]. لأن دين الغرماء أخذَهُ اختياراً عن عوضٍ، ودَين السَّيِّد من الكتابة أدخلَه السَّيِّد فيه جبراً، لأن له أن يُكرِهَه على الكتابة فكان الأوَّل أَقْوىٰ.

قَوْله: (فلا شيء على الولد)[2]. هذا المَذْهَبُ، وعلىٰ قول أَشْهَب أن الأمَة تسلم في الجِنَايَة مع ولدها، كما لها إذا ولدته بعد أن جَنَت فيكون معها في الجِنَايَة بخلاف ما تلِدُه قبل الجِنَايَة.

(١) التهذيب (٤/٥٤٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٤٤).

كتاب الجراحات[1]

قَوْله: (شبه العمد باطل)[2]. أي ليس تمَّ إلا عمدٌ محضٌ أو خطأٌ محضٌ، فإذا قصد أجنبي إلىٰ أن يلطِمَ أحداً فمات من ذلك، فهذا قد أشبهَ من وجهٍ أنه قصد الفعل، ومن جهةِ الخطأ لأنه مات بِفعلٍ لم تجْرِ العادةُ أن يموت منْهُ أحدٌ، ولكنه يقتصّ منه كالعمد المحضِ؛ وهو أن يقصد القتل بفعل جرَتِ العادةُ بأنه يُتلِفُ النَّفس، إلا في الأب فإنَّ شبْهَ العَمد فيه كالخطإ لما يختصّ به من الإشفاق.

قَوْله: (حذفه بها)[3]. أي رماه، فهذا لم تجرِ العادةُ بأن يموت منها، فهذا الذي فعل المدلجي بابنه قد رد عنه الحد، ولكن عطلت الدية عليه فكانت أثلاثا، ثلاثون حِقَّة، وثلاثون جَذَعةً، وأربعون خلفة، ولا تحملها العاقلة لأنها في الحقيقة عن عمد[4].

والديات ثلاثة: [٢٦٣/ب] هذه المغلَّظَةُ علىٰ الأب.

وأخرىٰ دونها مغلظة، وهي التي في دية العمد إذا رجعوا عن القصاص

(١) كذا، وفي بعض نسخ التهذيب: كتاب الجراح.

(٢) التهذيب (٥٤٥/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٤٦/٤).

(٤) القصة في الموطأ قال: حدثني مَالِك، عن يحيىٰ بن سعيد، عن عمرو بن شعيب، أن رجلا من بني مدلج يقال له قتادة، حذف ابنه بالسيف، فأصاب ساقه، فنزي في جرحه فمات، فقدم سراقة بن جعشم علىٰ عمر بن الخطاب، فذكر ذلك له، فقال له عمر: اعدد علىٰ ماء قديد عشرين ومائة بعير حتىٰ أقدم عليك، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب، أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة، وثلاثين جذعة، وأربعين خلفة، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: هأنذا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء». الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه. (٨٦٧/٢).

إليها بصلحٍ، أو على قول أَشْهَب: إن الواجب في العمد القصاصُ أو الدية؟ وهي أرباع خمسةٍ وعشرين حقَّة، ومثلها جِذاع، ومثلها حِقاقٌ، ومثلها بناتُ لبونٍ، فسقط منها بنو اللبون لأنها أخفضُ رتبَةً.

والثالثة: ديةُ الخطأ وهو أخماس، والخمس الخامِسُ عشرونَ بنو لبونٍ.

قَوْله: (لا أبالي من أي الأسنان كانت)[1]. وقال أَشْهَب: لابدّ أن تكون من سن الثني إلى (.) عامه، وإنما غلظت على الأب هذا التغليظَ دون الأجنبيّ لأنه لا يعزَّر، والأجنبي لابد له من التعزير مع أخذ الدية {منه} فكان ذلك في مقابلة التعزير.

قَوْله: (ولا يرث الأب في هذا)[1]. لأنه قاتلُ عمدٍ، ولا يحجب لأنه لم يرث لمعنًى فيه.

قَوْله: (والأم في ذلك بمنزلة الأب)[2]. وكذلك الجدُّ ما علا، والجدَّةُ ما عَلَتْ.

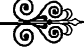
ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنَّ أب أمِّ الأبِ ما علا كذَلك، وأبُ الأمِّ ما علا كذلكَ.

قَوْله: (وكذلك الأب يجرَح ولده أو يقطع شيئا من أعضائه). يعني ما لا تسميَةَ فيه من الشرّع لأرْش معلوم، أو ما فيه تسميَة، إذا مات من ذلك ففيه الدية مغلظة، وما فيه تسمية مما يتعذر فيه القصاص فهل تغلظ الدية فيه على الأب بأن يؤخذ فيها بحساب الدية المغلطة أوْ لا، كما يغلظ على الأجنبيّ؟ قولان؛ وَجْه الأَوَّلِ أن الأجنبيّ يعزر في العمد، ولا يعزّر الأبُ.

---

(١) التهذيب (٤/٥٤٦).

(٢) هذا إلى قوله: (ولا تغلظ الدية في الشهر الحرام...) كله من التهذيب (٤/٥٤٧).

قَوْله: (ففيه القود). إن كان طالِبُه ابنا للقاتِل لم يحكم له به، لأن ذلك عقوق {والحاكم لا يحكم بما هو عقوق}، لكن لو اجترىٰ فاقتص منه صحَّ، وعزَّره الحاكم، وإن كان غير ابن له كعمّ المقتولِ فإنه يقتص له منه.

قَوْله: (وقد قال غيرنا). هذا قول الشَّافِعي وأَشْهَب، لأنه سبب وجوده فلا يكون سبب عدمه قياساً علىٰ عبده، لأنه سببٌ وجودِه في ملكه فلا يكون سبب إعدامه.

قَوْله: (ولا تغلظ الدية في الشهر الحرام ولا علىٰ من قتل خطأ في الحرم). يعني الأشهر الحرم الأربعة، وهو قولُ بعض العلماء[1].

قَوْله: (وتغلظ الدية علىٰ أهل الذهب والورق)[2]. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها لا تغلظ، لأن التغليظ إنما هو في الصفات بالسّن، لا بالعدد.

ووَجْهُ المَذْهَب أن التغليظ بالعدد يجري مجراه بالصفة بالقولان في الأجنبيّ يقتل عمدا، وفي الأب يقتل ابنه شبه عمد، واختلف في صفة التغليظ علىٰ القول به؛ ففي الأجنبيّ ينظر قيمة الدية في الخطأ، ثم دية العمد، فما زادت نسبتها الزائد من قيمته (.)[3] الخطأ، ثم تحمل ذلك الجزء علىٰ العدد المعلوم، وفي الأب ينظر قيمة أجل الدّية المغلظة عليه المثلثة، وقيمة المربعة المغلظة

---

(١) هذا قول الشَّافِعي، انظر الذخيرة (١٢/٣٩٩). وفي بداية المجتهد قَوْله: «اختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام، فقال مَالِك، وأبو حنيفة، وابن أبي ليلىٰ: لا تغلظ الدية فيهما. وقال الشَّافِعي: تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح. وروي عن القاسم بن محمد، وابن شهاب وغيرهم ـ أنه يزاد فيها مثل ثلثها. وروي ذلك عن عمر، وكذلك عند الشَّافِعي من قتل ذا رحم محرم» (٤/٢٠١).

(٢) التهذيب (٤/٥٤٧).

(٣) غير واضحة في المتن لعلها «استأنىٰ».




علىٰ الأجنبيّ فما زاد حمل الزائد علىٰ العدد المعلوم.

وقيل: بل ينظر قيمة الدية المغلظة علىٰ الأجنبي [و]يقابل بها ألف دينار فما زاد غرمه زائداً، إن ساوت أو نقصت لم يلتفت إلىٰ ذلك، وفي الأب ينظر قيمة الدية المستلمة كذلك.

قَوْله: (ولم يمض في هذا توقيت)[1]. أي لم يجعل الزائد شيئا معلوما، ولكن يختلف بحسب اختلاف الأزمنة، لأن قيم الإبل مختلفة بالزيادة والنقص.

قَوْله: (فتزاد في الرقة)[2]. هي اسم يقع علىٰ الذهب والورق معا.

قَوْله: (ومن تعمد ضرب رجل)[3]. هذا شبه العمد.

قَوْله: (ومن العمد ما لا قود فيه)[3]. لأن هذا خطأ محض، لأنه لم يقصد بفعله القتل بوجه بخلاف شبه العمد، ولا هذا {فعل} يموت منه أحدٌ عادةً.

قَوْله: (وفي الأنف الدية كاملة)[3]. لأنه جمال [٢٦٤/أ] الوجه وقارنه في ذلك كجَمِيعِه، كما أن الحشفَة بمنزلة الذكر كله، لأن خاصَّةَ الوطء ولذّته فيها، كما أن جمال الأنف المارن[4].

قَوْله: (فمن الحشفة يقاس)[5]. لأنه لو قيس من الذكر لم يكن فيه إلا يسيرٌ، كما أن الأصابع بمنزلة اليَدِ من المنْكِب، فإذا قطع إصبع قيس من

---

(١) التهذيب (٤/٥٤٨).

(٢) الذي في التهذيب «فيزاد في الدية» (٤/٥٤٨). وفي التنبيهات المستنبطة في كتاب الجراحات والديات قَوْله: «فيزاد في الرقة بقدر ذلك» (٣/٢١٥٤).

(٣) التهذيب (٤/٥٤٨).

(٤) في القاموس: «المارن الأنفُ، أو طرفه، أو ما لان منه». مادة: (مرن) (ص: ١٥٢٧).

(٥) التهذيب (٤/٥٤٩).

الأصابع، أو أنملة فمن الإصبع، وفي كل إصبع عشرة من الإبل، وفي كلِّ أنملة ثلاث وثلث، إلا في الإبهام قيل: هي أنملتان ففي كل أنملة خمسٌ، وقيل: هي ثلاث، والثالثة التي في الكف، وليس بجيِّدٍ لأن تلك من الكف.

قَوْله: (ومن خرم أنف رجل)[١]. أي ثقبه، والعثمُ الشين[٢]، وهو أيضا العثل باللام.

كل ما ليس فيه شيء مسمّىٰ من الشرع فإذا بدا علىٰ غير عَثْمٍ فليس فيه شيءٌ، وما فيه مسمىٰ مما يتعذر فيه القصاص وفيه ذلك المسمىٰ، وإن بدا علىٰ غير عثم لإطلاق لفظِ الشرع، وإن بدا علىٰ عثم ففيه أرش النقص زائداً علىٰ المسمىٰ يقّوم كأنه عبد سالم وبذلك العيب.

قَوْله: (ففيه الاجتهاد)[٣]. وقال سحنون: ليس فيه اجتهاد، قيل هو اختلاف في مقال؛ فإذا خرم المارن فهل يقاس ذلك الذاهب من الثقب بالمارن، أو يجتهد فيه؟ قولان.

وقيل: اختلاف في حال؛ فإن كان من المارن فيحسب من المارن كما قال سحنون، وإن لم يكن من المارن فالاجتهاد ليس إلا، ولم يرد سحنون إلا إذا كان من المارن، وإن كان من غير المارن فلا خلاف أنه اجتهادٌ.

قَوْله: (وكل نافذة في عضو)[٤]. أي ليست الجائفة التي فيها ثلث الدّية إلا في الجوف خاصة، وأما في غيره ففيها حكومة، وذهب بعض العلماء إلىٰ أن

---

(١) المصدر نفسه (٤/٥٤٩).

(٢) قال الجبي: «العثم بفتح العين ووقف الثاء، ونقطها ثلاثا هو الشين والنقصان يكون في مواضع الجرح. شرح غريب ألفاظ المدونة» للجبي، تقدم توثيقه. (ص: ١١٥)

(٣) التهذيب (٤/٥٤٩).

(٤) من هذا إلىٰ قوله: (وفي موضحة الخد...) من التهذيب (٤/٥٥٠).

الجائفة في كل عضو.

قَوْله: (ثلث ديّة ذلك العضو). وكذلك الجائفة {التي في الجوف، لأن في الجوف الدية كاملة ففي جائفته ثلث الدية وهي الجائفة} المسمىٰ لها {في المَذْهَب}.

قَوْله: (وليس كالموضحة). أي في الخطأ، أما العمد فيقتص منه، وكل إذا لم يتأتّىٰ فيه قصاص، أي ما فيه شيء منها فإن فيه وأن بدا علىٰ غير عثم ذلك المسمىٰ.

قَوْله: (وفي موضحة الخد عقل الموضحة). يريد أن الشّجاج المعدودة التي سمىٰ لها الشرع أَرْشا إنما هي كلُّها في الرأس لا في غيره، والخدُّ من الرأس، لأن عَظْمه منه بخلاف الأنف لأنه منفصل عنه، كاللحم الأسفل فليس موضحتها إلا الاجتهاد.

قَوْله: (زيد في عقلها بقدر الشين)[1]. وكذا كل ما سُمّي فيه أرش.

قَوْله: (ما بينه وبين نصف عقلها). أي ربع عشر الدية، فإن زاد لم يعتبر الزائد.

قَوْله: (فذلك من العنق). أي إذا انتهت الجمجمة، فعند العتق تنتهي فلا موضحة هناك لأنه ليس من الرأس، واختلف في أشراف الأذنين، وليسا من الرأس لأنهما منفصلان؛ هل فيهما الدية لأنهما عضوان كاليدين والرجلين، أو حكومة لأنهما يستران بالعمامة لا منفعة فيهما كاليدين والرجلين إلا الزينة؟

قَوْله: (والموضحة). هي التي توضح العظم وتبيِّنه، والمنقلة التي يظهر

---

(١) من هذا إلىٰ قوله: (وإن صغر) كله من التهذيب (٤/٥٥١).




منها أجزاء العظم، وهي الفراش جمع فراشة، لأنها تنقل منها أجزاء العظم؛ يعني المرجعة والمنقلة التي سميت الدية فيها لا يكونان إلا في الرأس، وكذلك سائرُ الشجاج المسمى فيها ليس شيء منها في البدن.

قَوْله: (وإن صغر). أي الجزء من العظم وهو الفراشةُ وأم الدّماغ الجلدة المحتوية على المخّ.

قَوْله: (ولو أنفذت الجائفة)(١). أي إذا طعنه من أحد جنبيه فخرجت من الجنب الآخر فهل هي جائفة واحدة نظرا إلى اتحاد الطّعنة فيكون فيها ثلثُ الدِّية، أو جائفتان لأنها تقوم مقام جائفتين من الجهتين فيكون فيها [ثلثي](٢) الدية؟ قولان.

قَوْله: (ففيه الدية كاملة)(٣). [٢٦٤/ب] أي للكلام، ولذلك لم يكن في لسان الأخرس إلا حكومة.

قَوْله: (إلا في الأذنين)(٤). هذا المَذْهَبُ، وقد قيل: فيهما الدية لأنهما عضوان ظاهران كاليدين.

قَوْله: (فعليه بقدر ذلك)(٥). أي ينظر أهل المعرفة إلى ما نقص من كلامه فيكون فيه بحساب ذلك.

وقيل: ينظر ما نقص من حروف الهجاء الثمانية وعشرين، وهو قول ثان في

---

(١) في التهذيب «وإذا نفذت الجائحة» (٥٥٢/٤).
(٢) كذا في المتن، ويحتمل أن يكون: [ثلثا].
(٣) التهذيب (٥٥٢/٤).
(٤) في التهذيب «لا في الأذنين» (٥٥٢/٤).
(٥) المصدر نفسه (٥٥٢/٤).

المَذْهَب، واعترض عليه بأن بعض الحروف أثقل من بعض.

وأُجيبَ بأن قوة الأصابع مختلفة، وهي مع ذلك متساوية في الدِّيات، واعتُرض بأن من الحروف ما هو من الحلق، ومن الشفتين لا من اللسان.

وأُجيبَ بأنه لولا سلامةُ اللسَانِ ما نطقَ بشيءٍ منها.

قَوْله: (إذا كان يستطاع القود منه)(١). أما ما لا يستطاع فيه القصاص وفيه شيءٌ مسمّى ففيه ذلك المسمىٰ، وإن برئَ علىٰ غير شينٍ، وأما إن برئ علىٰ شين فيُضاف ذلك إلىٰ أصل الدِّية. وإنما كان ذلك لأنه لما لم يكن فيه قصاص فقد يُقْدِم عليه الجاني عمداً، لعلْمِه بتعذُّر القصاص فغلظ فيه نَفْياً لذلك.

قَوْله: (تم قطع عسيبه ففيه الاجتهاد)(٢). كاليد الشلاء.

قَوْله: (حتىٰ يبرأ). لأنه لا يعلم ما يؤُول إليه أمره، لكن ما كان من ذلك عمدا فلا بدّ فيه من التعزير فيه عاجلا.

قَوْله: (لم يكن له ذلك). لأن الشرع لم يجعل له ذلك حتىٰ يبرأ.

قَوْله: (فإن أبىٰ ورثته أن يقسموا). لأن الموت من ذلك محتمل، والجرح محقق، ولكن إن غلب علىٰ ظنهم أنه ماتَ من ذلك (.) جاز لهم فيما بينهم وبين الله.

ونظيره: إذا كان له شاهد بدَين لأبيه علىٰ شخص ووجد خطَّ أبيه فغلب علىٰ ظنه صحَّةُ ذلك؛ فهل تقوم غلبة الظن مقام العلم في ذلك ويحلف، أوْ لا؟ قولان.

---

(١) التهذيب (٤/٥٥٣).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (قلت في الدية أو في القود) من التهذيب (٤/٥٥٣).




قَوْله: (وإن شك). لم يجز له أن يقسم هنا ولا في الدِّين.

قَوْله: (وزعموا أنه ينبت). فقال إنه إذا قطع من أصله فإنَّه ينبتُ، وإذا قطع بعضه فلا ينبت.

قَوْله: (قلت في الدية أو في القود). أي هل ينتظر به فيها أو في أَحدهما؟ فقال في الدية أما القوَد فيعجل الآن، لأنه قد حصل القطعُ والإذاية وتحققاً، فيقتص من الجاني، فإن نبتت للمجني عليه فنعمَةٌ من الله، بخلاف الدية فإنه لا يعلم كيف يبرأ.

قَوْله: (وفي الصّلب الدية)[1]. يعني إذا كسر عظامه حتىٰ لا يقوم، وكذلك في عظام الصدر.

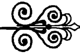
والأشياء المفردة التي في كل واحد منها الديَةُ ستةَ عشرَ: العقلُ، والكلام، والصوت، والشم، والذوق، لأن كل واحد منها من عضو واحد، والأنفُ لأن فيه زينة، بخلاف اللسان إذا قطع فإنما الدية في الكلام، والفَرْق أن اللسان باطن لا زينة فيه، والذكر، وكذلك قطع النسل، وكذلك قطع الإنعاظ، وإفضاء المرأة، والظهر، والصدر إذا كسرت عِظامها، والشَّوىٰ وهي جلدة الرأس. وإذا سقاه فأبرصه ففيه الدّية، وإذا جذمه، وإذا سوده من السواد وهي علة لا سواد صحة[2].

والأشياء المثناة التي يجب في كل اثنتين منها الديةُ عشرة:

الأسنان، وأليتا المرأة علىٰ خلافٍ فيها، وشفرا الرّحم، والسمع لأنه من عضوين، والبصر، واليدان، والرجلان، والأُنْثَيان، وثديا المرأة.

---

(١) من هذا إلىٰ قوله: (لأني لا أجد هاشمة تكون في الرأس...) كله من التهذيب (٤/٥٥٤).
(٢) انظر مثله في تبصرة اللخمي (١٣/٣٧٠).

قَوْله: (**ففيه الاجتهاد**). أي بقدر ما مَضَىٰ من القيام.

قَوْله: (**وإن كان عظما**). لا فَرْق بين أن يكون عَظْما أو لحماً.

قَوْله: (**مع الأدب**). هذا لحقّ الله، والقصاص لحق العبد، فلو عفىٰ لسقط حقه وبقي الأدب.

وكذلك في القتل: القصاصُ لحقِّ آدمي ويبقىٰ حق الله إلا أن يتوب منه.

قَوْله: (**فالهَاشِمَة**). هي التي تهشمُ العظم حيث كانت، إلا أن التسمية لهاشمةِ الرأس.

قَوْله: (**لأني** [٢٦٥/أ] **لا أجد هاشمة تكون في الرأس إلا كانت منقلة**). أي تصيرُ منقّلة، وهي لا يقتص منها لخَطَرِها، وإنما كان ذلك من الرأس لأنه لا لحم فيه يحجب عظمه، فإذا جعل عليه الدواءَ انتقلت منه أجزاءٌ وصارتْ منقَّلة.

قَوْله: (**فإن برئ الجاني علىٰ مثل حال المجني عليه فأكثر**)(١). هذا قولنا أنه إن برِئ الجاني علىٰ أسواء حال من المجني عليه فذَلك هدر غير مضمون، وإن برئ علىٰ أنقصَ منه فإنه يرجع عليه بالزائد بالاجتهاد.

وقال أبو حنيفة: إن برئَ الجاني علىٰ أكثر رجع علىٰ المقتص منه بذلك الزائدِ، وأن ذلك مضمون سواء كان المقتص هو المجني عليه أو غيرهُ.

ووَجْهُ المَذْهَب أنه ظالم فهو أحقُّ بالحمل عليه، وإذا كان العضو المجروح أعظمَ من عضو الجارح أو أصغر؛ فهل ينظر إلىٰ مساحة الجرح أو يقاس قدرها من المجروح وتؤخذ تلك النسبة من عضو الجاني؟ قولان.

والسّمحاقُ هي التي تصيب العظم ولا يخرج منه دمٌ، والدّامية التي تُدميه،

---

(١) التهذيب (٤/٥٥٥).

والباضِعة التي تبضع اللحم قِطعا، والملطا التي تشق اللحم ولا تبضعه.

قَوْله: (وليس في الأذن)[1]. هذا المَذْهَبُ، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أن فيها نصف الدية.

قَوْله: (فنبتت فله القود فيها)[1]. لأن الإذاية قد حصلت فيقتص منه بمثلها، ونباتها نعمة من الله على المجني عليه، وكذلك الأُذن إذا ألزقت بالخياطة فالتحمت.

وفَرْق أَشْهَب بينهما فقال في الأذن: إذا التحمت من المجني عليه فيرد الدية، ولا يردها في السن لأن ثبات السن ليس بأصلٍ لأن الدم لا يجري فيها، ولكن رجوعها عاريةً.

وإذا اقتص من الأذن فالتحَمَت للمجنيِّ عليه فالحُكْم كما تقدَّم، وإن التحمَت من الجاني فهل يقتصّ منه ثانيا أوْ لا؟ قولان.

وجهُ القصاص أن المجنيَّ عليه بقي مشوَّهاً بلا أُذنين، والقصد بالقصاص أن يسوَّىٰ بينهما ولم يحصل ذلك.

وَجْهُ الثَّانِي أن الأذيّة قد وقعت بالجاني فلا يؤْذَىٰ مرَّتين، والتحام أذنه نعمةٌ من الله عليه.

قَوْله: (والأسنان والأضراس سواء)[2]. وبعض العلماء يفضل ما ظهر منها، لأن الزينة بها أكمل فيكون فيها أكثر. ووجه قولنا التسوية بين الأصابع والأيدي وبعضها أفضل من بعض.

قَوْله: (وفي السّن السّوداء خمس من الإبل)[2]. لأن منفعتها كالضحية

---

(١) التهذيب (٤/٥٥٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٥٧).




بخلاف اليد الشَّلاء لا منفعة فيها بل للزينة فقط، وإنما فيها الزينة وهي التي ذهبت من السنّ السوداء، فإذا ضرب السن فسوَّدَها فخمسٌ من الإبل، لزوال جمالها.

قَوْله: (وليس في جفون العين وأشفارها)[١]. وبعض العلماء يرىٰ فيها الدّية.

قَوْله: (إذا لم ينبت، الاجتهاد)[١]. بخلاف ما ينبت ليس فيه شيء.

والفَرْق أن الذي لا ينبت إنما ذلك سوىٰ المنبت فإذا استوىٰ به فلم ينبت اجتهد فيه فأخذ فيها الدية.

{**قَوْله**}: أي حما الحكم بأخذ الدية منه قبل الاستيفاء فإذا برئت ردها، لأن البصر لم يذهب ولكن غطاه حائل.

قَوْله: (ينتظر برؤها)[٢]. لأن العادة أن يبرأ من ذلك بخلاف (.).

قَوْله: (فقد تم عقلها)[٣]. لأنه قد زالت منفعتها.

قَوْله: (يضرب مثلها)[٣]. لأنه ليس له إلا ذلك، وقيل: يضرب حتىٰ يشلّ.

قَوْله: (ولا يمكن الذي له القود)[٣]. مخافة أن يتعمد أكثر مما له ويدعي أن ذلك خطأ وقع منه، بخلاف القتل لأن ذهاب النفس فيه محقّق فيجوز أن يتولىٰ وليُّ المجني عليه بإذن الإمام، لكن ينهىٰ عن العبث بأن يضربه ضربات أو بحديد كال.

قَوْله: (وفي شل الأصبع دية كاملة)[٤]. لأنه قد ذهبت منفعتها.

---

(١) التهذيب (٤/٥٥٧).

(٢) في التهذيب «فلينتظر برؤها» (٤/٥٥٨).

(٣) التهذيب (٤/٥٥٨).

(٤) في التهذيب «وفي شلل الأصابع» (٤/٥٥٨).

قَوْله: (في ذلك ديتان)[1]. هذا المَذْهَبُ، وسواء قطعتا مع الذكر في وقت أو وقتين [٢٦٥/ب] فديّتان.

وقيل: إن قطعتا معه في ضربة فدية واحدة، أو في وقتين فديّتان، سواء تقدم قطع الذكر أو قطع الأنثيين.

ولنا قول ثالث: إن تقدم قطع الذكر ففيهما حكومة لأن النسل قد ذهب بذهاب الذكر، فإن تقدم قطعها {ففيهما} دية لذهاب النسل في الذكر بعد ذلك دية لذهاب الوطء.

قَوْله: (سواء اليسرىٰ واليمنىٰ)[1]. وفَرَّق بعض العلماء فجعل في اليمنىٰ فيها ذهاب النسل، وفي اليسرىٰ ثلثي الدية وفي التي للشعر ثلث الدية.

قَوْله: (في السفلىٰ ثلثا الدية)[2]. لأنها أكثر منفعة بإمساك الطعام والشراب، ولا أثر لذلك عندنا، كما لا أثر له في الأصابع والأيدي، وكذلك الأعسر مع الأضبط.

قَوْله: (كسِنِّ الصبي)[3]. أي أنه ينتظر نبات سنة فإن لم ينبت غرم الدية، وإن مات قبل ذلك غرمها لأنه قد ييأس من نباتها، والحلمة مخرج اللبن من الثّدي.

قَوْله: (وإن لم يكن في الكفّ أصبع)[4]. لأنه لابد من المساواة في الأعضاء، فيرجع إلىٰ الحكومة.

---

(١) التهذيب (٤/٥٥٩).

(٢) في التهذيب «ثلثي الدية» (٤/٥٥٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٥٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٦٠).




قَوْله: (في كل مفصل نصف عقل الأصبع)[١]. لأنها أنملتان، وقيل: هي ثلاث بالتي في الكف.

قَوْله: (لما يليهما من الكف)[١]. لأن ذلك تابع للأصابع فلا زائد فيه، كما إذا قطع يده من المنكب فيه ما في قطع الأصابع.

قَوْله: (ولا يؤخذ في الدية إلا الإبل والدنانير والدراهم)[١]. فإن كان بموضع ليس فيه شيء من ذلك دفع إلى أقرب المواضع منه، كما يفعل في قيمة الصيد إذا قتله بموضعٍ لا عُمران به.

قَوْله: (وتؤخد في ثلاث سنين)[١]. للرفق بالعاقلة.

قَوْله: (من مال الجاني)[١]. هذا القياسُ، ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، لكن لما زادت على الثلث شقت على الجاني فخففت عنه بذلك، وهل يدخل هو مع العاقلة أوْ لا؟ قولان.

قَوْله: (وفي سنتين أحب إلي)[٢]. هذا المَذْهَبُ.

قَوْله: (وثلاثة أرباعها في ثلاث سنين)[٢]. هذا على أنها تؤخذ في أربع، وعلى أنها في ثلاث يؤخذ الثلثان في سنتين، ويبقى نصف سدسٍ فيه اجتهاد.

قَوْله: (إنما قوّم عُمَر الدية)[٢]. قال الشَّافِعِي: ليس في ذلك إلا قيمة الإبل فيقوم أبدا، فما كانت قيمتها إذ ذاك أخذت ورقا أو ذهبا. وتقويم عمر لا يعتبر، لأن القيمة كانت إذ ذاك كذلك، وهي لا تبقى كذلك.

ووَجْهُ المَذْهَب أن السلف عملوا بفعل عمر في حياته وبعد، مع اختلاف

---

(١) التهذيب (٤/٥٦٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٦١).

القيم ولم يتعدّوها فصار كتقويم الدينار في النكاح بعشرة، وفي القطع باثني عشر رفعا للنزاع، كما فعل في الجنين ذكَرا كان أو أُنثىٰ غرة.

قَوْله: (**ولا يقبل من أهل صنف من ذلك، صنف غيره**)(١). أي لا يؤخذ من أهل الإبل ذهَبٌ قطعا للنزاع، أو ورق، ولا العَكْسُ.

قَوْله: (**تُعاقل الرجل في الجراح إلىٰ ثلث ديته**)(١). أي يستوي عقلها مع عقله إلىٰ الثلث، فإن بلغ الثلث رجعت إلىٰ عقلها، وذلك في كل عضو يكون ديته أقلّ من الثلث، ولا يتفق هذا في النفس لأن الدية فيها كاملة، وعند الشَّافِعي لا تُعاقل الرجل، بل يبقىٰ الأمر في جراحها علىٰ النصف من عقل الرّجل قلَّتْ أو كثُرت.

ووَجْهُ المَذْهَب أن ربيعة بن عبد الرحمن(٢) روىٰ ذلك عن سعيد ابن المسيب فقال له: «في ثلاث أصابع منها ثلاثون من الإبل، وفي أربعٍ عشرونَ فقال ربيعة: لما عظمت مصيبتها قل عقلها. فقال سعيد: أعراقي أنت؟ قال: بل متعلّم مسترشد، أو عالم متثبت، فقال: هي السنة يا ابن أخي»(٣).

فقَوْله: هي السنّة، يحتمل أن يريد سنّة النبي ﷺ، أو عمل السلف. وأيّهما كان ففيه دليل علىٰ ما قلنا.

قَوْله: (**نصف** [٢٦٦/أ] **أنملة**)(٤). ولو كانت من الإبل كانت في ذلك اثنين

---

(١) التهذيب (٤/٥٦٢).

(٢) كذا. وفي ترجمته: «ربيعة ابن أبي عبد الرحمن»، انظر الطبقات الكبرىٰ لابن سعد. مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ (١/٣٢٠)، سير أعلام النبلاء (٦/٨٩). طبقات الفقهاء للشيرازي، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان الطبعة الأولىٰ، ١٩٧٠ (ص: ٦٥).

(٣) الخبر رواه مَالِك في الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في عقل الأصابع. وانظر أيضا الذخيرة (١٢/٣٧٧). وعقد الجواهر (٣/١٢١).

(٤) التهذيب (٤/٥٦٢).




وثلاثين ونصف، وهي أقلّ من ثلث الدية.

قَوْله: (ثم إن قطع لها من تلك اليد الأصبعان الباقيان)[١]. رجعت إلىٰ عقلها. لأنها قد عاقلت الرّجل في هذا العضو إلىٰ الثلث فرجعت فيما زاد إلىٰ عقلها.

قَوْله: (لابْتَدَأَ الحكم فيها كالأول)[٢]. لأن هذا عضو آخر غيرُ الأوّل؛ فتعاقل الرجل أيضا فيه إلىٰ ثلث الدية.

قَوْله: (وإن قطع لها أصبعان من كل يدٍ في ضربة)[٣]. لما كان القطع في ضربة صار كأن ذلك من يدٍ واحدةٍ، وفيه إشكالٌ.

قَوْله: (ثم إن قطعلها من أحد اليدين أصبع أخذت عشرا)[٣]. لأن هذا قطع آخر غير الأول، وإذا أُضِيف ما قطع الآن من اليد إلىٰ ما قطع منها أوّلًا لم تبلغ ديته ثلُث الدّية، ولا بد لها في كل عضو أن تعاقِل الرجل إلىٰ ثلث الديّة فكان هذا أول قطع.

قَوْله: (أخذت من الرابع من أحد اليدين خمسة)[٤]. لأن هذه رابعُ أصبع قطعت من هذه اليد، وفي الأربع أكثر من ثلث الدية.

قَوْله: (تم قطع من تلك الكف أصبعان أيضا خطأ ففيها عشرون)[٥]. لأن قطع العمد لا يعتبر، وإنما الإضافة في الخطأ فكان هذا أول قطعٍ.

قَوْله: (فلها في ذلك مثل ما للرجل)[٦]. لأن في المنقلة عشرا ونصف

(١) التهذيب (٤/٥٦٢).
(٢) المصدر نفسه (٤/٥٦٢ ـ ٥٦٣).
(٣) المصدر نفسه (٤/٥٦٣).
(٤) في التهذيب «أخذت في الرابع من إحدىٰ اليدين خمسة أبعرة» (٤/٥٦٣).
(٥) المصدر نفسه (٤/٥٦٣).
(٦) المصدر نفسه (٤/٥٦٤).

عشر، فإذا كانت في أعضاء مختلفة أو في عضوٍ واحد لكن كل واحد بعد بُرء الأخرىٰ ثم تعتبر المتقدمة.

قَوْله: (**ولو أصابها في ضربة بمناقل أو بمواضح**)(١). أي في أعضاء متعددة أو مواضع متعددة من عضو واحد.

قَوْله: (**وفي لسان الأخرس الاجتهاد**)(٢). لأنه لا منفعة فيها كاليد الشلاء.

قَوْله: (**مثل استرخاء البصر أو العين الرمدة**)(٢). يعني أن في هذه الديةُ كاملةً لأنها خلقة، فهو كما يقتل القوي بالضعيف خلقة أو بمرض.

قَوْله: (**وكذلك الذي يصيبه أمر من السماء**)(٣). أي هذا كالخلقة في كمال الدية.

قَوْله: (**فالعرج عندي مثل هذا**)(٣). أي إن كان خلقة أو بأمر من الله تعالىٰ ففيها الدية كاملةً، وإن كان بجناية فبحساب ما نَقَص.

قَوْله: (**ولم يأخذ لها عقلا**)(٣). أي لم يبلغ أن يكون فيه أرشٌ، أو بلَغَ إلا أنَّ العضوَ بقيَ الانتفاعُ به قائما، لأنه كالعضو خلق ضعيفا.

قَوْله: (**وذلك أن في السن السوداء**)(٣). أي يدل علىٰ ذلك أن السنّ إذا جنىٰ عليها فاسودّت ففيها الدية كاملة لذهاب الزِّينة، ثم إذا ضربت فأُذهِبت ففيها دية أخرىٰ لإذهاب الانتفاع بها، وهذا شيء يختص بالسن جعل في زينتها الدية، وفي الانتفاع بها دية، وهي بخلاف اليد الشلاء والعين القائمة بعد ذهاب بصرها

(١) في التهذيب «بمواضح أو نواقل» (٤/٥٦٤).
(٢) المصدر نفسه (٤/٥٦٤).
(٣) المصدر نفسه (٤/٥٦٥).

ليس فيها إلا حكومة.

والفَرْق أن السن السوداء فيها المنفعة كاملة، وهي أكبر من الزينة ولم يبق في العين واليد الشلاء إلا الزينة فقط.

قَوْله: (ذلك أشكل)[1]. يعني أنه توقف فيها، واختار ابن القاسم أن لا يتوقف ففسَّرَ قَوْله أشكل بأنه يأخذ بحساب ما بقي، وقوى ذلك بقَوْله: إنه قد قال ذلك قبل ولم يتوقف.

قَوْله: (إلا أنه يبطش باليد ويعمل وينظر بالعين)[2]. أي فهي بمنزلة الصّحيحة، لأن منفعتها باقية ففيها القصاص، بخلاف الخطأ فإنه معذور بعدَمِ القصْدِ.

قَوْله: (وفي العين القائمة)[2]. أي الذاهب بصرها ولم يبق فيها إلا الزينة فيقوم بها قائمة ذاهِباً بصرُها ودونها، وله ما بين القيمتين.

قَوْله: (والسوداء أشنع)[3]. لأنها لا شيء فيها من الزينة البتَّةَ، بل مجرّدُ المنفعة.

قَوْله: (وإن كان ذلك كالسواد)[4]. أي استحكم وقرُبَ من السَّواد [٢٦٦/ب] ولم يكن فيه شيء من البياض فهو مثله.

قَوْله: (ثم عقلها)[5]. لأنها كالساقطة.

---

(١) التهذيب (٤/٥٦٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٦٦).

(٣) في التهذيب «والسوداء أشد» (٤/٥٦٦).

(٤) في التهذيب «وإذا كان سائر ذلك كالسواد» (٤/٥٦٦).

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٦٧).

قَوْله: (ينتظر بها)[1]. لأنها قد تقوىٰ بعد ذلك، ويقال إنه إذا أخذ البلور أو العقيق، هذا الحرز بعد طبخه حتىٰ يبيض كالبلور ويسحق، وضُمَّت السن به فإنه تقوىٰ من اضطرابها وتشتدّ.

قَوْله: (واستحسن في الكف حكومة)[1]. لأنه يمكن أن يقال إنها تابعة للأصبع كما كانت تابعة لحملة الأصابع في القطع إلا أن تبعيتها لأصبع واحد يضعف، فلذلك استحسن فيها الحكومة.

قَوْله: (لم يقتص منه)[1]. لأن من شرطه المماثلة.

قَوْله: (لقطعت يده)[2]. لأن ذهاب أصبع واحد غيرُ معتبرٍ، فكأنه لم يذهب منها شيء مع أن الظالم أحقُّ أن يحمل عليه.

قَوْله: (سواء كانت الإبهام)[3]. أي التي هي أُنملتان.

قَوْله: (فَدِيَّتُهَا في ماله)[4]. لأن العاقلة إنما تحمل الخطأ لا العمد، فتكون مأخوذة من دية العمد إذا قبلت، أي المربعة وهل تغلظ بأن تكون من المثلثة كما تغلظ الدية علىٰ الأب، وكذلك في كل ما تعذر فيه القصاص؟ قولان.

وجه التغليظ به: أنه إذا كان عمدا لايقتص منه أشبه جناية الأب.

ووَجْهُ الثَّانِي: الفَرْق، وهو أن الأجنبي يعزر مع الدية، والأب لا يعزر فكان التغليظ عليه في مقابلة ذلك.

---

(١) التهذيب (٤/٥٦٧).

(٢) في التهذيب «قطعت يده» (٤/٥٦٧).

(٣) يريد قَوْله: «قطعت يده قصاصاً عنها كانت الإبهام مقطوعة أو غيرها»، التهذيب (٤/٥٦٧).

(٤) التهذيب (٤/٥٦٧).




قَوْله: (على العاقلة)[1]. لأنه لما لم يكن فيها قصاص أشبه الخطأ فحملته العاقلة، لأن في كل واحدة ثلث الدية.

وقيل: على الجاني نظرا إلى أنه عمْدٌ، وقيل: إن كان عديما فعلى العاقلة، أو مُوسراً فعليه، وقيل: إن كان له بعضها أخذ منه وكمل الباقي على العاقلة، وإلا فعلى العاقلة.

قَوْله: (موضعهما قائم). أي من الجاني فكان يمكن أن يقتصّ منه لولا خوف الإتلاف، بخلاف المسألة الأولى لأنه قد عدم من الجاني محل الاستيفاء البتة، فهذا أقرب إلى الخطأ، لأن محل الاستيفاء فيه من الجاني موجود، فكان على العاقلة.

قَوْله: (كل ما يجنيه الجاني عمدا بشرط أنه لا يقتص منه وفي جسده مثله). فهذا تقرير للقاعدة المتقدمة.

قَوْله: (ففيها الدية كاملة). لأن في كل (.)[2] ثلثها.

قَوْله: (حملته العاقلة). لكن في كل منقّلة عشر ونصف العشر الدية.

قَوْله: (فهو كضربة واحدة). لأنه لم يتبيّنِ الانفصالُ بينهما، لكن صارت بالتتابع كأنها في زمن واحد.

قَوْله: (لم تحمل العاقلة). لأنه لم يفعل الثانية حتى وجبت في ماله الأولى، وكذلك الثانية مع الثالثة.

قَوْله: (لم يثغر)[3]. أي لم تسقط أسنانُه بعد.

---

(١) من هذا إلى قوله: (لم تحمل العاقلة) كله من التهذيب (٤/٥٦٨).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها: مأمومة.

(٣) التهذيب (٤/٥٦٩).

قَوْله: (وقف عقله)[1]. لاحتمال أن تنبت {وأن لا تنبت}.

قَوْله: (وإن هلك الصبي)[1]. لأنه تحقق عدم الإنبات.

قَوْله: (فلا عقل فيها ولا قود)[1]. لكن لابد من تعزيره.

قَوْله: (أعطي ما نقصت)[1]. أي مع التعزير.

قَوْله: (اقتص منه)[1]. لليأس من الإنبات، لأنه بمنزلة ما لو عاش ولم ينبت.

وهذه **مسألة فَرْق**؛ وذلك أنه إذا رعىٰ زرع غيره، فإنه تلزمه قيمته علىٰ الفور علىٰ الرجاء والخوف لا ينتظر به أن ينبت لأنه أتلف مالا محققا، والأول لم يتلف مالا محققا، لأنه بصدد أن ينبت. فإن عقل عن الحكومة إلىٰ أن ينبت الزرع فينظر؛ فإن كان يوم الرعي له قيمة لزمه ذلك القدر، وإن لم تكن له قيمةٌ لأنه مما لا يمكن رعيُهُ لم يكن عليه شيءٌ.

(١) التهذيب (٤/٥٦٩).

كتَاب الديات

قَوْله: (ودية اليهودي والنصراني)(١). أي الدية أو العاهد وكذلك يريد بالمجوس الذِّمِّي [٢٦٧/أ] أو المعاهد لأن الحربي غير معصوم الدم فلا شيء فيه.

قَوْله: (مثل نصف دية المسلم)(٢). هذا لا يعلم إلا بالتوقيف وفي هذا التحديد أحاديث، ومن جهة المعنى لما كان أنقص من المسلم أشبه المرأة المسلمة، ولما كان الكتابي أفضل من المجوسي كانت ديتها أكثر من ديته، وكانت المرأة على النصف من الرجل، لأن الأنثى من كل صنف كذلك، وخالف الشَّافِعي في الكتابي فقال: فيه مثل ثلث دية المسلم، قال بالإجماع لأن من قال بالنصف قال بالثلث، قلنا: قال به ولكن لا بصفة الاقتصار كما فعلت.

قَوْله: (ثمان مائة درهم)(٣). أي ثلثا عشر دية المسلم.

قَوْله: (عشر الدية ونصف عشرها)(٣). بناء على هل يتمكن فيها القصاص أوْ لا؟ فإن لم يتمكن ففيها من العبد أيضا عشر قيمته ونصف عشره.

قَوْله: (ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته)(٣). هذا المَذْهَبُ، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ وهو أن نعتبر ثلث دية الجاني فقط.

قَوْله: (والأول أبين)(٤). أي ما يبلغ ثلث دية المجني عليه.

---

(١) التهذيب (٥٧١/٤).

(٢) في التهذيب «مثل دية نصف الحر المسلم» (٥٧١/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٧١/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٧٢/٤).

قَوْله: (**هم الذين يؤدون معهم الخراج**)(١). لأنهم صاروا مثل قبيل واحد.

قَوْله: (**إلا أن في مأمومة العبد وجائفته**)(١). كما فيها من الحد ثلث الدية، لأنه لا يتأتىٰ فيها القصاص وفي المنقلة قولان القصاص.

قَوْله: (**فكل جند عليهم جرائرهم**)(١). أي لما ضمهم ديوان واحد صاروا كقبيل واحد.

قَوْله: (**عقل معهم**)(١). لأنه صار من أهل ذلك الموضع وصاروا له عاقلة.

قَوْله: (**ضم إليه أقرب القبائل**)(١). أي ينظر إلىٰ الجد الأبعد فيضاف بنوه إلىٰ عاقلته.

قَوْله: (**علىٰ قدر طاقة الناس**)(١). أي لا ينظر في ذلك إلىٰ أعدادهم بل إلىٰ أحوالهم.

قَوْله: (**في ثلاث سنين**)(١). هذا للرفق بهم لأنه كان ينبغي ألا يغرموا عنه، إذ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، لكن ما كان من الجِنَايَة الخطأ يبلغ ثلث دية الجاني أو المجني عليه فصاعدا يثقلُ، فخفف الشرع بأن كلف العاقلة أن يتحملوا عنه، وما كان أقل من ذلك يخف، فكان علىٰ الجاني في ماله حالاً، وكذلك في صلح العمد يكون في ماله حالًا لأنه عاص فناسب التثقيل.

قَوْله: (**مثل أن يقطع لها أصبعين**)(١). في ذلك خمس الدية التي للرجل هنا، لأن المرأة تعاقل الرجل إلىٰ ثلث ديتها ففيها من الدراهم خُمُس ثمانِ مائةٍ وذلك مائةٌ وستون، ومن الأبل خُمس دية الرجل وذلك ثلثا عشر مائة ستة وثلاثون وثلثها اثنان وتُسعان، وهي أكثر من ثلث دية المرأة.

(١) التهذيب (٤/٥٧٢).



قَوْله: (وأصل هذا أن المعتبر ما بلغ ثلث دية الجاني أو المجني عليه)[(١)]. فصاعدا ولا يقتصر علىٰ دية أحدهما كما في المثال المتقدم.

وثمرة الخلاف لو قطع رجل يد امرأةٍ:

فبالنظر إليها تحمله العاقلة لأنه أكثر من ثلث ديتها، وبالنظر إلىٰ الجاني لا تحمله العاقلة لأنه أقل من ثلث ديته؛ ووجه هذا أن العاقلة تقول: إنما نحمل ثلث ديتك يا أخي فقط، ووَجْه الأَوَّلِ أن الجاني قد يجني علىٰ من يساويه ومن هو دونه ومن هو فوقه.

وأراد بالمجوسي هنا: الذي تؤخذ منه الجزية علىٰ المَذْهَب من قبول الجزية منهم لقَوْله: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَاب»[(٢)].

وأما الحربي فلا شيء فيه لأنه غير معصوم الدم.

قَوْله: (حمل ذلك أهل معاقلتهم)[(٣)]. أي من يؤدىٰ الجزية معهم في ذلك العمل وإن لم يكن بينهم نسب.

قَوْله: (دون النساء)[(٤)]. لأن المرأة لا تكون من العاقلة، لأنها ليست من أهل النصرة، ولا الصبي ولا المجنون ولا الفقير ولا المديان، فهؤلاء خمسة. [٢٦٧/ب]

---

(١) في التهذيب «وأصل هذا أن الجِنَايَة إذا بلغت ثلث دية الجاني أو ثلث دية المحني عليه حملته العاقلة» (٤/٥٧٢).

(٢) الحديث رواه مَالِك في الموطأ عن جعفر بن محمد بن علي، عن أبيه، أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: «ما أدري كيف أصنع في أمرهم»، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب». كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

(٣) في التهذيب «أهل عواقلهم» (٤/٥٧٢).

(٤) التهذيب (٤/٥٧٢).

قَوْله: (وهم أهل كورته)[1]. أي من يؤدي الجزية في ذلك العمل من أهل الكتاب.

قَوْله: (بعد برئه)[1]. لأنه إنما ينظر في ذلك بعد البرء، مخافة أن يسرئ إل النفس.

قَوْله: (وما تظالموا بينهم)[2]. لأنهم إنما أدّوْا الجزية علىٰ ذلك.

قَوْله: (ومصر والشام أجناد)[2]. أي أهلها أجناد قد جُندت أي قسمت الأرض عليهم، فأرض مصر لأهلها، فبعضهم يعقل عن بعض وإن لم يكونوا قبائل كالعرب، لأن أكثرهم قبط أسلموا.

قَوْله: (دون غيرهم من الأجناد)[2]. أي لا يدخل أهل كورة مع غيرها كالشام ومصر.

قَوْله: (إذ لا يكون في دية واحدة)[2]. لأن الإبل علىٰ البدو والعين علىٰ الحضر.

قَوْله: (عقل معهم)[2]. لأنه صار من هذه الكورة، لا تعتبر فيهم قبيلة، بل أهل مصر كلهم كالقبيلة الواحدة.

قَوْله: (ضم إليه أقرب القبائل)[2]. كالهاشمي إذا لم يقدروا[3] بنو هاشم علىٰ الجِنَايَة نظر إلىٰ القرشيين، فإن لم يقدروا نظر إلىٰ من فوق قريش.

قَوْله: (وإذا جنىٰ الصبي أو المجنون عمدا أو خطأ)[4]. لأن عمد الصبي

(١) التهذيب (٤/٥٧٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٧٣).

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٤/٥٧٤).




لا أثر له فهو كالخطأ، خلافا للشافعي فَرق بين عمده وخطئه، فجعل عمده في ماله، لأن له قصدا بخلاف المجنون، واحتج بالحديث: «لا تحمل العاقلة عمدا»(١)، قلنا المراد عمدا ليس كالخطأ.

قَوْله: (أخّر لإفاقته)(٢). كالسكران يؤخر في الحد إلىٰ أن يفيق ليحصل له التألم.

بَابٌ

قضىٰ النبي عليه السلام في الجنين الحر المسلم بغرة عبد أو وليدة(٣)، ذكرا كان أو أنثىٰ، قطعا للنزاع، كما قضىٰ في لبن المصراة بقرة كانت أو معزة أو ضانية بصاع من تمر، ومعنىٰ غرة أي نسمة.

قَوْله: (والحمران)(٤). أي البيض لقَوْلهم الأحمر والأسود، وهم يكرهون البياض فعبروا عنه بالحمرة، ولذلك قال تعالىٰ: ﴿بَيْضَآءَ مِنْ غَيْرِ سُوٓءٍ﴾ [طه: ٢٢] والبيضاء أعلىٰ من السوداء.

قَوْله: (والقيمة في ذلك خسمون دينارا)(٤). هذا استحسان من مَالِك، لأنها

---

(١) الأثر رواه مَالِك عن ابن شهاب، أنه قال: «مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد، إلا أن يشاءوا ذلك». كتاب العقول، باب ما يوجب العقل علىٰ الرجل في خاصة ماله. وفي السنن الكبرىٰ للبيهقي مرفوعا لابن عباس: «لا تحمل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنىٰ المملوك قال: وقال ذلك الليث إلا أن تشاء». كتاب الديات، جماع أبواب الديات فيما دون النفس، باب من قال: لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا.

(٢) التهذيب (٤/٥٧٤).

(٣) الحديث في البخاري مسلم وغيرهما، ولفظ البخاري: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امْرَأَتَيْنِ رَمَتْ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ بِحَجَرٍ، فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَىٰ فِيهِ النَّبِيُّ ﷺ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ، أَوْ وَلِيدَةٍ. كتاب الطب، باب الكهانة.

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٧٤).

أقل دية مشروعة وهي دية الموضحة عشر الدية.

قَوْله: (لم يجبروا)[1]. هذا علىٰ وجه الاستحسان.

قَوْله: (وليس علىٰ أهل الإبل في ذلك إبل)[1]. بدليل أنه عليه السلام حكم علىٰ أهل الإبل بالغرة.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تؤخذ أيضا من الإبل نصف عشر المائة، فإن كان عمدا أخذت من الدية المربعة، واحد وربع من كل نوع، وإن كان خطأ فمن الخمسة واحد من كل نوع.

قَوْله: (عمدا أو خطأ)[1]. لأنهما يستويان إذا ألقته ميتا في الغرة بخلاف ما إذا ألقته حيا.

قَوْله: (بأن علم أنه حمل)[1]. أما النطفة والدم غير المنعقد فلا أثر له، وأما الدم المنعقد فعند ابن القاسم فيه الغرة، وتحل به الأزواج، وتكون بهِ أم ولد.

وقال أَشْهَب: ليس فيما دون العلقة شيء، وإنما ذلك كله في العلقة.

وقال الشَّافِعي: ليس فيما دون المضغة المخلقة أي المصورة شيء، وإنما ذلك في المضغة المخلقة.

قَوْله: (بغير قَسَامَة)[1]. لأن غالب الظن أنه مات من الضربة لا قبل ذلك، ولم يعتبر الشرع احتمال أن يكون ميتا قبل ذلك في قضائه بالغرة كما حكم للحمل وإن كان نطفة بالميراث لأنه ملحق به بالإجماع، ونزل وجوده في تلك الأطوار كالوجود المحقق.

---

(١) التهذيب (٤/٥٧٥).

قَوْله: (ولا تحمل العاقلة)[1]. لأنها إنما تحمل الدية أو ثلثها فصاعدا، وهذه ليست بدية.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تحملها، لأنها دية الجنين فأشبهت الدية الأخرىٰ.

قَوْله: (حتىٰ يزايل بطنها)[1]. لو بقي بعد الضرب وبعد ذلك ألقته ميتا، ولا قَسَامَة إذا علم أنه [٢٦٨/أ] مات من ذلك الضرب وإن لم يعلم ذلك فقد [يمكن][2] أن يقال بالقَسَامَة.

قَوْله: (ويورث علىٰ فرائض الله)[3]. ولنا قولان آخران، أحدهما: أن يكون ذلك لأمه خاصة لأنه كبعض منها، والثاني: إن كان أبوه حاضرا لم يمت، ولا كان أبوه ملاعنا ولا زانيا فهو بين الأبوين وإلا فلأمه فقط.

قَوْله: (إنما الكفارة في قتل الخطأ)[4]. أي ولا يتحقق أنّ هذا قتل لِاحتمال أن يكون ميتا قبل الضرب، ولأنه إنما ضرب الأم لا الجنين، ولأن الكفارة إنما هي فيما فيه الدية كما في الكتاب.

قَوْله: (واستحسن)[4]. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أن الكفارة تجب لأنه قتل مسلم خطأ، وهذا إن لم يكن الضرب عمدا فإنه في معنىٰ الخطأ.

قَوْله: (وكذلك العبد والذِّمِّي)[4]. أي استحسن الكفارة في مثلهما خطأ، وإنما الكفارة في الحر المسلم لاقترانها بالدية في الآية، وهذان لا ديّة فيهما.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بوجوب الكفارة فيهما.

---

(١) التهذيب (٤/٥٧٥).

(٢) غير واضح من المتن، وما أثبته يفيده المعنىٰ.

(٣) في التهذيب «وتورث الغرة علىٰ فرائض الله» (٤/٥٧٥).

(٤) التهذيب (٤/٥٧٥).




قَوْله: (وفي جنينهما الكفارة)[1]. أي في ولديها استحسان الكفارة.

قَوْله: (فلا غرة فيه)[1]. لأنه مات بموتها، فهو تابع كعضو منها، وعليه الكفارة في قتلها خطأ، وإن تعمد الضرب بالقود.

قَوْله: (فألقت جنينا حيّا)[2]. علامة الحياة الاستهلال والرضاع، وأما الحركة فإن لم تدم فلا اعتبار بها، لأن اللحم يتحرك على (.)[3]، وإن طالت فقولان، وفي العطاس أيضا قولان، لاحتمال أن يكون ريحا مجتمعة فيه.

قَوْله: (إن استهل ففيه القَسَامَة والدية)[4]. هذا في الضرب الخطأ، وأما في العمد ففيه القصاص، وفي الأم فيقتل بهما ولا كفارة.

قَوْله: (ورثته)[4]. أي من الدية أو الغرة.

قَوْله: (وقد مات الأب قبل ذلك كله)[4]. يريد أن الأخ لا يرث مع الأب.

قَوْله: (فلا يرث الأب من دية الجنين شيئا)[4]. لأن قاتل الخطأ لا يرث من الدية ويرث من المال، والجنين لا مال له.

قَوْله: (ولا يحجب)[4]. لأن من لا يرث لا يحجب إلا في مسألتين كالإخوة.

قَوْله: (ففيه القَسَامَة)[4]. لِاحتمال أن يكون مات من الضرب ومن غيره لِانفصاله منها حيا.

قَوْله: (وذلك إذا تعمد ضرب بطنها خاصة)[4]. يريد أن الأب لا يقتل بابنه

---

(١) التهذيب (٤/٥٧٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٧٦).

(٣) لعله: الوضع.

(٤) التهذيب (٤/٥٧٦).

إلا إذا تحقق قتله إياه عمدا، مثل أن يضجعه ويذبحه أو يشق بطنه، كذلك هنا إذا لم يرد ضرب الأم بل قصد ضرب البطن لأجل الولد، وأما الأجنبي فيكفي في عمده أن يضرب الأم عمدا، فإذا ألقت الولد حيا ومات فعليه القَسَامَة والقصاص، فإن أقسموا وإلا رُدت الأيمان على أولياء الجاني، فإن حلفوا وإلا حُبسوا حتى يحلِفوا.

قَوْله: (ولم يكن في الجنين يخرج ميتا قَسَامَة)[1]. لأن ظاهر أمره أنه مات من ذلك الضرب، كالرجل يضرب فيموت من حينه ولا يتكلم.

وقال أَشْهَب: في الجنين يستهل فيموت: لا قصاص فيه، لأنه لا يتحقق العمد فيه، لأنه إنما ضرب الأم لا الجنين فهو أبدا خطأ.

قَوْله: (وإذا صرخ ثم مات ففيه القَسَامَة)[2]. لأنه انفصل بعد الضرب حيا فأمكن أن يموت من غيره.

قَوْله: (وإن كان ذلك عمدا كان في مال الجاني)[3]. هذا كالمسلم في عمده وخطئه.

قَوْله: (ما في جنين الحرة)[3]. لأن ولد الأمة من سيدها الحُرِّ حرٌّ.

قَوْله: (عشر قيمة أمه)[3]. لأن الغرة إنما هي في الجنين الحر المسلم.

قَوْله: (كان أبوه حرا أو عبدا)[3]. لأنه في الحرية والرق يتبع أمه إذا كان من غير سيدها الحر.

قَوْله: (وفي جنين الذِّمِّية)[3]. لأنه ذمي مثلها، ولا غرة فيه إلا عشر دية أمه.

---

(١) التهذيب (٤/٥٧٧).

(٢) في التهذيب «وإذا صرخ ثم مات كان كالمضروب يعيش أياما، ففيه القَسَامَة» (٤/٥٧٧)

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٧٧).

قَوْله: (ففي جنينها ما في جنين النصراني)[1]. لأنه يتبع أباه في الدين [٢٦٨/ب] لا أمه، فهو نصراني وإن كانت أمه مسلمة.

قَوْله: (حلف من يرثه يمينا واحدة)[1]. إن كان واحدا، وإن تعددوا حلف كل واحد يمينا لأنه لا قَسَامَة إلا في الحر المسلم، وإنما هذا مال والضربة كشاهد، ولذلك شبهت بالشاهد في المسألة التي بعدها، بل الضربة أقوى لأن الشاهد يمكن كذبه.

قَوْله: (يحلفون يمينا)[2]. أي كل واحد يمينا، لأن اليمين التي تجب عليهم لا تتبعض فكملت.

قَوْله: (ففي جنينها ما في جنين الحرة المسلم)[3]. لأنه مسلم بالتبع لأبيه، وحر بالتبع لأمه، لأن النصرانية التي تزوجها المسلم لا يجوز أن تكون أمة بل تكون حرة.

قَوْله: (ففي جنينها ما في جنين المجوسي)[4]. لأنه تابع في الدين لأبيه لا لأمه على المَذْهَب.

قَوْله: (أربعون)[4]. لأنها نصف عُشُر ثمان مائة درهم.

قَوْله: (قتل الرجل)[4]. لأن الجماعة يقتلون بالواحد وتعذر قتل الصبي لأن عمده خطأ فصار كبعض قوم قتلوا شخصا فعليه بعض الدية.

قَوْله: (فأحب إلي أن تكون الدية عليهما)[4]. وقيل: لا شيء عليهما لأنه

(١) التهذيب (٤/٥٧٧).
(٢) في التهذيب «يقسمون معه يمينا واحدة» (٤/٥٧٧).
(٣) في التهذيب «ما في جنين الحر المسلم» (٤/٥٧٨).
(٤) المصدر نفسه (٤/٥٧٨).




لا يلزم شيء بالشك، وهي مبنية على مسألة أخرى لو قتل شخصا وهرب واختلط بقوم فلم يعلم القاتل، فقيل: لا شيء عليهم، وقيل: الدية عليهم لئلا يهدر الدم والقتل لا يجاوزهم بل انحصر فيهم.

قَوْله: (لأن الدم لا يتكافأ)[1]. أي أن تعذر القود يكون بوجوده منها أن يعفو ولي الدم، ومنها ألا يكافئ المقتول القاتل، فإذا سقط القود فيضرب القاتل مائة ويحبس سنة قياسا على الزاني، أي إذا لم يكن محصنا لما تعذر الرجم ضرب مائة وحبس سنة.

قَوْله: (أو امرأة)[1]. إلا أنها لا تُغرّب بل تحبس في بلدها.

قَوْله: (إلا أن يتبين أنك أردتها)[2]. بأن تتقدم قرينة مثل أن يخير في القتل والدية فيختار القتل ثم يقول: قد عفوت ويطلق ثم يقول إنما عفوت على الدية.

قَوْله: (ثم يخير سيده)[2]. اتفق ابن القاسم وأَشْهَب في العبد القاتل أن ولي الدم مخير بين القود واسترقاقه، بخلاف الحر القاتل يجني عمدا مثلا، أو يخيره؛ فالمَذْهَب على أن الواجب عليه القصاص إلا أن يختار الدية، خلافا لأَشْهَب؛ الخيار عنده لولي الدم.

والفَرْق على المَذْهَب أن الحر الجاني يقول: أُبرئ ذمتي من الجِنَايَة حتى لا أُطلب في الآخرة بها، وأترك مالي لورثتي، وليس كذلك السَّيِّد لأنه لا فائدة له في طلب القود، لأنه يخرج عن ملكه العبد بالقود وبالاسترقاق فيكون الخيار لولي المقتول فإن اختار الاسترقاق بطل القتل وصار كالخطأ، والعبد إذا جنى خطأ فالخيار لسيده أن يسلمه أو يفتكّه بأرش الجِنَايَة.

---

(١) التهذيب (٤/٥٧٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٧٩).




قَوْله: (فإن اتهم)[1]. فيها أربعة أقوال:

أحدها: لا شيء عليه، لأنه أقر على غيره، ولا على عاقلته.

والثاني: عليه الدية في ماله.

والثالث: إن كان عدلاً ولم يتهم بما قال، فعلى العاقلة الدية بقَسَامَة.

والرابع: توزع الدية عليه وعلى عاقلته فما نابه في ماله، وما نابهم عليهم.

قَوْله: (ولا تجب عليه بإقراره)[1]. لأنه لم يقر على نفسه.

قَوْله: (فلا شيء لهم)[1]. ولا ترد اليمين لأنه ليس هناك من ترد عليه من مدع آخر.

قَوْله: (فإنه يصدق)[1]. لا خلاف في هذا، لأنه المجني عليه والأول جان.

قَوْله: (فعلى قبيلة كل واحد عشر الدية)[2]. إنما حملت العاقلة هنا أقل من ثلث الدية لأن ما ناب كل واحد منهم بمنزلة دية كاملة، لأنهم لو قتلوه عمدا قتلوا به، ولما كانت بمنزلة ديات صح أن يجتمع فيها الإبل [٢٦٩/أ] والدنانير ويجب على كل واحد منهم كفار كاملة لأن الكفارة لا تتبعض بخلاف الدية.

قَوْله: (فعلى عاقلته نصف الدية)[2]. لأنها أكثر من ثلث الدية لما تقدر القولان المراد في الآية ﴿وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ﴾ [المائدة: ٤٥] أي اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى على ذلك الإجماع وكذلك سائر الأعضاء والأسنان.

قَوْله: (ألف دينار)[2]. لأنه يقال أن ضد العين المفقوءة يرجع إلى الباقية

(١) التهذيب (٤/٥٨٠).
(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨٠).

فيبصر بها ما كان يبصر من العينين بخلاف السمع لا يقوىٰ سمع الأذن الباقية وكذلك اليد الباقية لا تزيد قوتها.

قَوْله: (إذ لا قصاص له في غير الجاني)[1]. لأنها لا تماثلها.

قَوْله: (وللصحيح أن يقتص)[2]. لاتفاق المفقوءة من الصحيحة مع عين الأعور، (وإن أحب)[2]؛ هذا علىٰ خلاف أصل المَذْهَب في جناية الحر العمد أي الواجب فيها القصاص ولا خيار لولي الدم ويبقىٰ جعل الخيار للمجني عليه في القصاص أو الدية وإذا اختار الدية فقولان هل يأخذ دية العين المجني عليها خمس مائة دينار أو عين الجاني الأعور لأنه إذا لم يقتص ففي الحقيقة (.) عين الأعور فكذلك ديتها ألف دينار، ونظير هذه: لو قتل رجل امرأة عمدا فعفىٰ أولياء المرأة عن القود علىٰ أخذ الدية فقولان: هل دية المرأة، أو دية الجاني لأن لهم قتله؟

قَوْله: (لما جاء فيها من السنة)[3]. يعنىٰ عمل المدينة.

قَوْله: (ومن شج رجلا موضحة)[3]. أي خطأ.

قَوْله: (لأنها ضربة واحدة)[3]. أي فلذلك حملت العاقلة دية الموضحة وهي عشر الدية.

قَوْله: (موضحة ومأمومة)[3]. هذا ممكن في ضربة واحدة بأن توضح عن العظم وتبلغ إلىٰ أم الدماغ ولو بقدر مغرز إبرة.

قَوْله: (وحملت العاقلة المأمومة)[3]. لأنه لا يتمكن الاقتصاص منها.

قَوْله: (كان في ماله عقل سمع الأول وعقله)[1]. أي ديتها لأنه لا يتمكن

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٨٢).

الاقتصاص منهما.

قَوْله: (فشلت من ذلك يده أو أصبع أخرىٰ)[1]. أي تعطلت ويبست.

قَوْله: (عقل ذلك في ماله)[2]. لأنه عمد ولأن الشلل يتعذر القصاص منه، أي لا يحصل في ضربة واحدة وقيل يضرب ضربات حتىٰ تشل.

قَوْله: (فعلىٰ عاقلته دية اليد)[2]. لأن في الكف ما في اليد وذلك حصل في ضربة أما لو كان الشلل في ضربة أخرىٰ لكان فيه حكومة.

قَوْله: (جعل له بيضة)[2]. ويعلم علىٰ كم يبصرها بالصحيحة من المسافة وعلىٰ كم يبصرها بالسقيمة وتنسب إحدىٰ المسافتين من الأخرىٰ ويأخذ ذلك من نصف الدية ويصدق المجني عليه في ذلك، وإن اتهم غفل واختبر ليعلم صدقه من كذبه، وإن لم يقدر علىٰ ذلك صدق مع يمينه، والجاني أحق بأن يحمل عليه، وكذلك في السمع يختبر بأن يصوت قريبا منه وتغلق أذنه الصحيحة.

وقَوْله: (حتىٰ يعرف صدقه)[2]. أي يغفل حتىٰ يعرف قدر سمعه إن قدر علىٰ ذلك.

قَوْله: (وإن قطع أصبع رجل خطأ كان في ماله)[2]. لأنه عشر الدية ويؤخذ من المجني (.) أقل من بعير كربع الأنملة لأن فيها ثلاثة وثلث من الأبل.

قَوْله: (إذا صولح قاتل العمد)[3]. يكون ذلك في ماله لأن العاقلة لا تحمل عمدا ولا عبدا ولا صلحا.

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨٣).

(٣) في التهذيب «وقاتل العمد إذا صولح» (٤/٥٨٤).

قَوْله: (**فصالح الأولياء عاقلته**)[1]. فيه إشكال لأن الصلح بيع إبل مجهولة الصفات، ولا يكفي في البيع كون المبيع من الوسط يقبض حتىٰ يوصف والذي جوزه أن ذلك معروف وهو مما يجوز بيعه قبل قبضه.

قَوْله: (**لأنه دين بدين**)[1]. لأنه بالجِنَايَة صارت للمجني عليه علىٰ العاقلة بخلاف الصلح في [٢٦٩/ب] العمد لأنه دم صولح عنه لا دين.

قَوْله: (**صالح الجاني عن العاقلة**)[1]. هذا كالحميل يصالح عن الغريم رب الدين وفي ذلك ثلاثة أقوال: المنع لأن الغريم يكون مخيرا في دفع ما كان عليه وبما وقع به الصلح فلا يدري رب الدين ما يأخذ فهو غرر.

والثاني الجواز لأنه معروف.

والثالث الصلح إن كان الدين من ذوات القيم صح، وإن كان من ذوات الأمثال لم يصح لاختلاف الأغراض فيها، وقد صارت القيمة كالمقوم عند الناس، وهذا إذا صالح الجاني ليرجع علىٰ العاقلة بذلك أما إن لم يرجع فلا كلام في الجواز.

قَوْله: (**وما أصاب النائم**)[1]. لأنه خطأ فهو علىٰ عاقلته.

قَوْله: (**ويعتق رقبة**)[1]. لأنها قتلت مؤمنا خطأ.

قَوْله: (**شهد شاهد علىٰ رجل**)[1]. بهذا اللوث صار جانب المدعىٰ راجحا فكان القول قَوْله مع القَسَامَة.

قَوْله: (**فلا يجب علىٰ العاقلة بذلك شيء**)[2]. إلا بأن يقسموا مع شاهد

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٤).

(٢) التهذيب (٤/٥٨٥).

الفعل ولا أثر الشاهد القول لأنه لا يثبت إقراره بشاهد واحد ولا يلفقان، وفي التلفيق ثلاثة أقوال:

أحدها: تلفق الأقوال والأفعال. الثاني: لا يلفقان. الثالث وهو المَذْهَب: تلفق الأقوال لا الأفعال.

قَوْله: (فلا يثبت ذلك من إقراره إلا بشاهدين)(١). لأنه أقر علىٰ غيره فصار كشهادته علىٰ غيره ولا يثبت نقل الشهادة إلا بشاهدين وبشروط وهي: أن يأذن لهما في النقل لها، وأن يتعذر سماعها منه لمغيبه أو صوته، وألا يرجع عن ذلك، فكذلك تعتبر هذه الشروط هنا.

قَوْله: (فيقسمون حينئذ معها)(٢). هذا المَذْهَبُ إن كان المقر عدلا ولم يتهم وقد تقدم الخلاف في ذلك علىٰ أربعة أقوال.

قَوْله: (بخلاف من أقام شاهدا علىٰ إقرار رجل بدين)(٣). لأن هذا أقر علىٰ نفسه والأول أقر علىٰ غيره.

قَوْله: (جازت شهادته في الدم وغيره)(٣). هذا المَذْهَبُ ولنا قول ثان أنه لا تقبل شهادته أبدا، وإن حسنت حاله فيأخذ فيه لأنه يتهم في ذلك كما في حديث عمر: «ودت الزانية أن النساء زنين»(٤).

قَوْله: (وتجوز شهادة النساء)(٥). الحقوق ثلاثة بدني، ومالي، وبدني مالي.

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٥).

(٢) في التهذيب «معما» (٤/٥٨٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٨٥).

(٤) لم أقف عليه.

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٨٥).

فالبدني لا يقبل فيه النساء بخلاف الثاني، وفي الثالث قولان: المَذْهَب يقبل فيه النساء مراعاة لما شابه من المال، وأَشْهَب لا يقبل فيه النساء لما فيه من غير المال.

قَوْله: (إنما هو مال)[1]. لأنه لا يتمكن القصاص فيها.

قَوْله: (فلولاته أن يقسموا أو يقتلوا في العمد)[2]. أصل هذا قصة البقرة إذ ضرب المقتول ببعضها فحيي وقال: قتلني فلان فاكتفي في القصاص بقَوْله: قال المخالف: هذا شرع من قبلنا، قلنا: وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم ينسح، قال: معجزة نبيّ فلا يقاس عليها قلنا: إنما المعجزة في ذلك إحياؤه لا كلامه، فلا فَرْق بين كلام هذا وكلام غيره، وأيضا لحديث محيصة وحويصة[3]، إذ قال لهما عليه السلام: تحلفان ليس يمينا، الحديث[4].

قَوْله: (ويأخذ الدية في الخطأ)[5]. لا خلاف أن الشاهد العدل لوث (.) قَوْله فلا يقتل (.) المخالف لأنه يتهم أن يريد إغناء ورثته، قلنا: لا يتهم مسلم (.) على الله بذلك.

قَوْله: (وليس للورثة أن يقسموا)[5]. على خلاف ما قال، بل إن قال عمدا حلفوا على العمد، أو خطأ حلفوا عليه.

قَوْله: (فما ادعاه ولاة الدم)[6]. يعني أن للإنسان أن يحلف على غلبة ظنه.

---

(١) يريد قَوْله «لأن ذلك مال» (٤/٥٨٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨٥).

(٣) الحديث تقدم تخريجه.

(٤) جزء من حديث طويل رواه مالك في الموطأ، كتاب القسامة، باب تبدئة أهل الدم في القسامة، عن عبد الله بن سهل الأنصاري.

(٥) التهذيب (٤/٥٨٥).

(٦) المصدر نفسه (٤/٥٨٦).




قَوْله: (استحقوا دية الخطأ)[1]. لأن القصاص قد تعذر.

قَوْله: (وأن قال بعضهم عمدا وقال آخرون لا علملنا)[1]. [٢٧٠/أ] يحلف مدعوا العمد واقتصوا.

قَوْله: (لم يكن له ذلك)[1]. لأن من أسقط شيئا لزمه، فلا يعود فيه لأن ذلك يؤدي إلىٰ طول الخصام وامتناع الفصل بين الخصوم.

قَوْله: (ولا ترد اليمين علىٰ الطالب)[1]. لأن اليمين المردودة لا ترد التسلسل.

قَوْله: (فيحلف خمسين يمينا)[1]. ولوثه بمنزلة شاهد.

قَوْله: (حبس)[2]. أي أبدا لأنه قادر علىٰ أن يحلف.

قَوْله: (وكذلك من أقام شاهدا علىٰ جرح عمدا فيحلف ويقتص)[3]. لأن جنس الجراح مال، أي فيها لا يقتص منه فانخفضت عن رتبة حقوق الأبدان فصح فيها اليمين والشاهد كالحقوق المالية.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لابد من شاهدين وإلا فلا شيء له.

قَوْله: (وليس في شيء من الجراح قَسَامَة)[4]. إنما ذلك في النفس لعظم حرمتها يريد النفس الحرة المؤمنة فلا قَسَامَة عليه لأنه مال، ولا ذمي لأنه كالمال لما نقصت ديته.

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨٧).

(٣) في التهذيب «ولكن من أقام شاهدا عدلا علىٰ جرح عمدا أو خطأ، فليحلف معه يمينا واحدة، ويقتص» (٤/٥٨٧).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٨٧).




قَوْله: (ويقتص في العمد علىٰ المَذْهَب)[1]. وعلىٰ القول الثاني لا شيء له حتىٰ يأتي بشاهدين.

قَوْله: (ثم قال ذلك في جراح العمد)[2]. يعني الشاهد واليمين في الحق البدني.

قَوْله: (لشيء استحسناه)[3]. يشير إلىٰ أن الجراح انخفضت عن الحقوق البدنية لما ذكر.

قَوْله: (ولا أراه أخذ إلا من قبل الشهادة)[4]. يعني أن القَسَامَة تنزل منزلة الشهادة، ولا يثبت الدم إلا بشاهدين، فلبد أن يقسم اثنان فصاعدا.

قَوْله: (الذين يجوز عفوهم)[4]. أي العصبة الذين يحجبون من فوقهم.

قَوْله: (ولا ينتظروا أن يكبر)[4]. مخافة أن يمت القاتل قبل ذلك فتعطل الدماء، وقال الشَّافِعي: ينتظر الصغار، واتفقنا في المجنون أنه لا ينتظر وفرّقوا بأن الجنون لا آخر له بخلاف الصغر له حد، واتفقنا أيضا في الغائب أنه ينتظر ويكتب له.

قَوْله: (وإن عفوا لم يجز عفوهم إلا علىٰ الدية)[4]. يعني هؤلاء الأولياء الذين حجبهم الصغار عن المراث وتكون الدية كلها لأولاد المقتول لأنهم عفوا {بدية} لغيرهم فلا ينقصون منها.

قَوْله: (بغير قَسَامَة)[5]. أي تثبت بشاهدين أو إقرار القاتل.

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٧).

(٢) يريد قَوْله في التهذيب «قيل لابن القاسم: لم قال مَالِك ذلك في جراح العمد» (٤/٥٨٧).

(٣) التهذيب (٤/٥٨٧).

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٨٨).

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٨٩).

قَوْله: (فإنما للحاضر أن يعفو أو يجوز العفو على الغائب)[1]. أي ويلزم عفوه للغائب ويمضي عليه لأنه إذا عفا أحدهما تعذر القصاص.

قَوْله: (ولا يكفل)[1]. لأن فائدة الضمان أن يأخذ منه ما يتعين على المضمون وذلك متعذر في القصاص في النفس وفي الجراح.

قَوْله: (وهذا يدل)[1]. استدل بذلك على أن الصغير لا ينتظر كالمجنون، وفَرْق الخصم بما تقدم.

قَوْله: (ولا يقسم النساء في دم العمد)[2]. لأنها ليست من أهل المناصرة.

قَوْله: (على قدر مواريثهم)[2]. أي تقسم الأيمان بينهم كذلك.

قَوْله: (حلف خمسينا يمينا)[2]. لأنه لا يستحق شيئا من الدية إلا بعد الخمسين يمينا.

قَوْله: (نظر من يقع له أكثر تلك اليمين)[3]. إذا استووا في جزء يمين مثل أن يكون سبعة إخوة فينوب كل واحد سبعا وسبع يمين ففيها ثلاث أقوال: قيل يكمل الجزء على كل واحد فيحلف ثماني أيمان، وقيل يقرع بينهم فيكمل على أحدهم لأنه ليس واحدا (.) وقيل يعين الحاكم واحدا فيكمل عليه اليمين من كان، وإذا اختلفوا في ذلك كهذه لأن [على] الولد ثلثي يمين وعلى البنت ثلثها فقولان أحدهما يكمل على كل واحد منهما، والثاني يكمل على من عليه أكثرها، وهل المراعى أكثر الإيمان أو أكثر الكسور فيه قولان، وقد اختلفا (.) الولد.

---

(١) التهذيب (٤/٥٨٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٩٠).

(٣) في التهذيب «حلفت» (٤/٥٩٠).

قَوْله: (وأتوا بلوث من بينة)(١). أي [فإن] اللوث بالاستقادة لا بغيره [٢٧٠/ب] لأنه يختلف، ولا خلاف أن الشاهد العدل لوث، وهل قول المقتول لوث؟ المخالف لا يرى ذلك، ودليلنا: حديثُ البقرة لأنه يسمع قول المقتول(٢).

ولنا في وجود المقتول في محلة العدو قولان هل يكون ذلك لوثا؛ المَذْهَب أنه ليس لوثا، ولنا قول شاذ أنه لوث، وهو قول الشَّافِعي لحديث محيصة وحويصة(٣) إذ وجدا أخاهما مقتولا بمحلة اليهود، ووَجْهُ المَذْهَب سدّ الذريعة بأن يكون له أعداء وأراد إضرارهم جعل قتيلا بمحلتهم.

وشهادة جماعة النساء لوث، وفي الواحدة قولان.

قَوْله: (فيحلف إن كان عمدا)(٤). فلابد من اثنين فصاعدا وفي الخطاء يجزئ يمين الواحد.

قَوْله: (كانت القَسَامَة)(٥). لأن الشاهدة لوث.

قَوْله: (حتىٰ يزكوا الشاهدة)(٦). لأن المَذْهَب أن اللوثَ الشاهدُ العدل(٧).

قَوْله: (ولا يقسم مع شاهد مسخوط)(٨). ولَنَا قَوْلٌ ثانٍ لأنه يغلب الظن.

---

(١) التهذيب (٤/٥٩٠).

(٢) قال ابن رشد: «انفرد مَالِك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقَسَامَة، فجعلا قول المقتول: فلان قتلني ـ لوثا يوجب القَسَامَة». بداية المجتهد (٤/٢١٤).

(٣) الحديث تقدم.

(٤) في التهذيب «فليحلفا» (٤/٥٩١).

(٥) التهذيب (٤/٥٩١).

(٦) في التهذيب «الشهود» (٤/٥٩١).

(٧) قال ابن شاس: «قال القاضي أبو بكر: اختلف في اللوث اختلافا كثيرا، فمشهور المذْهَبَ أنه الشاهد العدل». عقد الجواهر (٣/١٣٢)، انظر أيضا: بداية المجتهد (٤/٢١٣).

(٨) التهذيب (٤/٥٩١).

قَوْله: (لم يأخذ به أحد)[1]. وسواء كان أعداء له أو لا ، وقال أبو حنيفة: تكون ديته عليه ولو كانوا أهل بلد.

قَوْله: (فلا يتهم)[1]. لأنه لا يوصىٰ مسلم بالظلم في حين قدومه علىٰ الله.

قَوْله: (وإن كان مسخوطين)[2]. لأنهم ليسوا شهودا وإنما هو حق لهم فيطلبونه.

قَوْله: (فلا يقسم علىٰ قَوْله)[3]. لأن الصبي لا يتحرز إذ هو غير مكلف.

قَوْله: (بخلاف المسخوط والمرأة)[3]. لأنهما مكلفان ويخافان من الله.

قَوْله: (لم يقسم علىٰ قَوْله)[3] لأن القَسَامَة لا تكون إلا في نفس الحر المسلم.

قَوْله: (فذكروا رجلا أورع من أهل البلاد)[3]. هذا لا يمنع اطراد القواعد الشرعية لأنها لا تناقض بآحاد الصور.

قَوْله: (أقسمت في الخطاء)[4]. لأنه مال ولا يقسم النساء ولا الإخوة للأم في العمد لأنهم ليسوا عصبة ، إلا أن للأم مدخلا في الدم ، لأنها أحد الأبوين فلها العفو عنه ، ولا مدخل فيه للإخوة للأم لأنهم من نسب آخر فلا مناصرة بهم.

قَوْله: (من يرثه). يعني لو كانت الأم عربية فما بقي لبيت المال ومعتقة فلِمواليها.

---

(١) التهذيب (٤/٥٩١).

(٢) في التهذيب «مسخوطا» (٤/٥٩٢).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٩٢).

(٤) من هذا إلىٰ قوله: (وإن شهد رجل عدل) كله من التهذيب (٤/٥٩٣).

قَوْله: (ببينة). أي ثبت قبله ببينة فلأمه أن تقتل لأنها أحد [أصليه] وقد قويت هنا في اللعان.

قَوْله: (فذلك لها). هذا إذا ثبت القتل ببينة، ويتهم العصبة في العفو لبعدهم، أما إن ثبت القتل بقسامتهم فيضعف الأمر لأنهم لما عفوا ضعف أمر القتل فليس للأم القتل حينئذ.

قَوْله: (وكذلك ابن الملاعنة). أي الذي لا عصبة له.

قَوْله: (لم يكن في ذلك قَسَامَة). لأنه هذا استقل بثبوته بالشاهدين فلا حاجة إلىٰ القَسَامَة.

{**قَوْله:** (لم يجتزأ بذلك). لأن ذلك لوثان لا شاهدان فلابد من القَسَامَة}.

قَوْله: (وإن شهد رجل عدل). هذا لوث وسواء مات عقيب ذلك أو عاش بعد، إلا أنهم في القَسَامَة يحلفون أنه مات من ذلك.

قَوْله: (ولم يسألوه)(١). لا حاجة لأن اللوث قد وجد بالشاهد.

قَوْله: (ولا يزاد في أيمانهم). لابد من تغلظيها هنا، وفي اللعان بالمكان فيجلب من القراء إلىٰ المسجد الجامع، وبالزمان بعد العصر، وبالعدد فيحلف أيمانا، وهل تغلظ بالصفات؟ المَذْهَب لا، وقال أَشْهَب: يجوز التغليظ في الأيمان بزيادة الصفات كالطالب الغالب ونحوه.

قَوْله: (علىٰ البت). ويجوز ذكرهم للحديث في حويصة ومحيصة يحلفون خمسين يمينا، أي علىٰ البت.

قَوْله: (فهو علىٰ الرجال). لأن النساء لا يدخلون في ذلك إذ لا مناصرة

---

(١) ما بين هذا وقوله: (هذا في العمد) كله من التهذيب (٤/٥٩٤).

بينهم (.) ادعىٰ ورثة [٢٧١/أ] المقتول الأصل أن تكون اليمين في جهة المدَّعىٰ عليه، فإذا جاء المدَّعِي بشاهد ترجح جانبه فانتقلت اليمين إلىٰ جهته، وهذا بيِّن لكن لما كان القتل خطيرا وكان الغالب فيه أن يقع في الخلوات جعل اللوث فيه بجانب المدعي وغلظت اليمين، فإن قيل أنها من باب الشهادة فلا يجوز فيها النساء ولا الصبيان ولا الفاسق، وإن كان من الخبر جاز فيه ذلك، فإذا قال المقتول: قتلني فلان؛ فإن لم يكن به جرح لم يلتفت إلىٰ قَوْله، وإن كان به أي جرح كان، لأنه فتح باب الروح ومن شأنه أن يسري اعتبر فإما أن يطلق أو يقول عمدا أو خطأ فإن نص علىٰ ذلك وحلف الورثة علىٰ مقتضىٰ قَوْله فبيِّن، وأن خالفوه فحلفوا علىٰ العمد وهو إنما قال خطأ أو بالعكس سقط قَوْلهم، وإن أطلق فلهم أن يعينوا عمدا أو خطأ بما يغلب علىٰ ظنهم ويحلفوا عليه.

قَوْله: (أو حملوا صخرة). قال سحنون في هذه لا يمكن أن يحلفوا هنا علىٰ أحدهم لأنه قد تبين اشتراكهم في قتله بل يحلفون علىٰ جميعهم بخلاف ما إذا ضربوه لأنه حينئذ أن يموت من ضرب أحدهم.

قَوْله: (فعاش بعد ذلك). أما إذا مات بأثر الضرب وقد شهدت بينة كاملة فلا قسامه هنا لأنه لا احتمال أنه مات من غير ذلك.

قَوْله: (علىٰ واحد أيهم شاءوا). هذا لحديث حويصة ومحيصة إذ قال لهم عليه السلام تحلفون علىٰ واحد ويدفع لكم بذمته، ولهم تعين من شاؤوا لأن لهم قتل واحد منهم مطلقا.

قَوْله: (ولا يقسموا علىٰ جميعهم ويقتلوهم). لأنه لا يقتل بالقَسَامَة إلا واحد وقال المغيرة يقسمون علىٰ الكل ولكن إنما يقتلون واحدا.

قَوْله: (هذا في العمد). وأما في الخطاء وأنهم يقسمون علىٰ الكل لأن الدية

علىٰ عواقل الجميع وليس لهم أن يخصوا عاقلة بعضهم بالدية بخلاف العمد لأن لهم قتل من شاؤوا منهم بالقَسَامَة فهذا الفَرْق يلزم كل واحد في الخطأ كفارة لأنها لا تتبعض بخلاف الدية.

قَوْله: (يمينا واحدة مع شاهده)[1]. لأن العبد مال، كما لَو جنىٰ علىٰ فرسه.

قَوْله: (لم يقتل)[1]. أي لا يجوز له فيما فيه وبين الله أن يقتله لكن تمليكه، ولأنه لا قَسَامَة في عمد ولا خطأ في العبيد وإنما هي في الحر المسلم لا في عبد ولا ذمي.

قَوْله: (يقتلوا العبد أو يستحيوه)[1]. الخيار لأولياء المقتول بخلاف القاتل الحر لأن السَّيِّد إذا اختار قتل العبد (.) ولأنه علىٰ كل حال يذهب عنه مال سواء قتلوه أو استحيوه لأن العبد مال.

قَوْله: (لم يكن لهم ذلك)[2]. لأن أخذهم العبد فرع عن ثبوت القتل ولم يثبت بشاهد ويمين.

قَوْله: (وليس فيمن قتل بين الصفين قَسَامَة)[2]. لأنه لا يتعين قاتله وإنما تكون القَسَامَة علىٰ واحد (.) ولا تخلوا الفئتان من أن تكونا متأولتين كالمسلمين والكفار أو المسلمين بعضهم مع بعض قدم المقتول (.) أو باغيتين فكذلك، أو إحداهما باغية والأخرىٰ متأولة والمقتول من الباغية هدر، وإن كان من المتأولة ففيه القصاص أو الدية إن تعين القاتل، أو إحداهما باغية والأخرىٰ دافعة لهم عن أنفسها فالمقتول من الباغية هدر ومن الدافعة فيه القصاص أو الدية.

---

(١) التهذيب (٤/٥٩٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٩٦).

قَوْله: (ففي المرأة القَسَامَة)[٢]. لأن قَوْلها لوثب النظر إلىٰ نفسها ، [٢٧١/ب] ولا تثبت دية الجنين بذلك ، لأنه لا قَسَامَة فيه لأنه كجرحها فإنه لا يثبت إلا ببنية كاملة أو شاهد ويمين لأن الغرة مال لا دية.

قَوْله: (لم يكن في فلانة قَسَامَة)[١]. لأن قول المضروب إنما يكون لوثا بالنظر إلىٰ نفسه لا إلىٰ غيره ، ولأن قَوْلها كشهادة ولا تشهد لولدها.

قَوْله: (وإن كانت عمدا ففي مال الأب)[٢]. لأنه لا يقتل بالابن إلا إذا كان قتله إياه عمدا محضا ولا يثبت بقول الابن أنه قتله عمدا محضا فيرجع إلىٰ الدية المغلظة في العمد ، وقال أَشْهَب كالشَّافِعي: لا يقتل الأب بابنه مطلقا.

قَوْله: (فلا سبيل إلىٰ القتل). لأنه قد تعذر القصاص وهل يأخذ الباقون حظهم من الدية قولان فوجه ثبوت ذلك لهم أنهم لم يرجعوا عن دعواهم ، ووَجْهُ الثَّانِي أن استحقاقهم لذلك فرع عن ثبوت القتل ولم يثبت بعد.

قَوْله: (قتل بحجر). لقَوْله تعالىٰ: ﴿فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦] إلا في موضع واحد وهو أن يكون القتل معصية كالخمر واللواط وفي موضعين خلاف وهما: أن يقتله بالنار أو بسم ، فقيل: يقتل بهما لما تقدم ، وقيل: بل بالسيف لأن التعذيب بالنار لا يجوز لنا للحديث ، ولأن السم يختلف فقد يكون بعضه (.) فيحتاج إلىٰ سقيه مرارا حتىٰ يموت وذلك زيادة تعذيب لا يجوز.

قَوْله: (يضرب بالعصا أبدا حتىٰ يموت). وقيل بل بالسيف لما في ذلك من التعذيب.

---

(١) التهذيب (٤/٥٩٦).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (فدية يده علىٰ عاقلته فيقتل به القاتل) كله من التهذيب (٤/٥٩٧).

قَوْله: (ولا تقطع يداه ولا رجلاه). هذا إن لم يقصد المثلة به مثل أن يقاتله فيمتنع فيؤدي ذلك إلىٰ قطع يده، أما إن قصد المثلة به فإنه يفعل به مثل ذلك.

قَوْله: (وكذلك إن قطع يد رجل وفقأ عينه). لأن القصد بالقصاص أمانة ذلك العضو المقتص منه وذلك حاصل في قتله، إلا أن يقصد المثلة فيفعل به كفعله.

قَوْله: (فدية يده علىٰ عاقلته فيقتل به القاتل). لأن القصاص لا يندرج فيه دية اليد.

قَوْله: (ويقتل الرجل بالمرأة)[1]. ولا ينظر إلىٰ تفاوت الدية بينما كما يقتل الرجل بالمولد لأنه نفس وكذلك جراح المرأة في القصاص كالرجل، وإن اختلفت الديات فتقطع يده بيدها.

قَوْله: (قتلوا به)[1]. لأن قتل الغيلة محاربة لأن المحارب يختلف حالة فربّ قوي يحارب بإظهار السلاح ورب ضعيف يحارب بالخفية والحيلة، فهذا يقتل حدا لا قصاصا، وإن لم يقتل فللإمام قتله ويتعين قتله إذا قتل، وسواء كان المقتول حرا أو عبدا مسلما أو ذميا، ولا خلاف بين الأئمة أن الجماعة تقتل بالواحد إذا اشتركوا في قتله، ولو لا ذلك لتوصل الناس إلىٰ القتل بالاشتراك فيه وكان القياس ألا يقتل بالواحد إلا واحد لولا ذلك، وكذلك إذا اشتركوا في قطع يده قطعت أيديهم إلا أن أبا حنيفة خالف في هذا وقال: الاشتراك في القتل كثير ممكن مثل أن يرموا صخرة عليه أو يغرقوه في البحر ولا يتصور الاشتراك في القطع، ولو أجمعوا علىٰ قطع واحد؛ لأن قواهم تختلف فلا قصاص فيه عنده ويرجع إلىٰ الدية لتعذره، وغيره يقيسه علىٰ القتل فيقول جناية علىٰ متعرضها في الاجتماع ما يجب عليه في الانفراد كالقتل، ولا خلاف أيضا في أن الحر لا يقتل

(١) التهذيب (٤/٥٩٨).

بعبد نفسه، وخالف أبو حنيفة في عبد غيره وذلك أن العبد فيه شائبتان إحداهما أنه يشبه [٢٧٢/أ] البهيمة لأنه مال معصوم لمَالِك معصوم، والثانية أنه يشبه الحر لأنه مَالِك ومكلف، فأبو حنيفة يقول: هو مساو للحر في ذلك فيجب أن يقتل به، وغيره يفرق بالشائبة الأخرىٰ.

قَوْله: (ضرب مائة وحبس عاما)[١]. بالقياس علىٰ الزاني غير المحصن لما تقدر القتل ضرب مائة وحبس عاما.

قَوْله: (إلا المأمومة والجائفة)[٢]. لأنه لما تعذر القصاص في جنسها أَشْبَهت الخطأ، فكانت فيها الدية وحملتها العاقلة. ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أن ذلك في مال الجاني لأنه عمد إليه أشار ابن القاسم.

قَوْله: (من نصف الساعد اقتص منه)[٢]. أي كذلك من نصف الساعد.

قَوْله: (ولا قود في اللطمة)[٢]. لأن قوة الناس تختلف فتعذر القصاص ويرجع في ذلك إلىٰ التعزير والأدب

قَوْله: (وفي ضربة السوط القود)[٢]. لأن ذلك يتقارب وينظر رجل يقارب الجاني في القوة.

قَوْله: (لا قود فيها)[٣]. أي لاختلاف الضاربين.

قَوْله: (لم تجز شهادتهما)[٤]. لأنها لا ضرورة إلىٰ ذلك ولا يكثر دخول بين الصبيان.

---

(١) التهذيب (٤/٥٩٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٩٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٦٠٠).

(٤) في التهذيب «شهادتهم» (٤/٦٠٠).

قَوْله: (حكم عليها بحكم المحارب)[1]. لا فَرْق بين الرجل والمرأة في المحاربة.

قَوْله: (فلا قصاص)[1]. لأن ذلك حد لا يستوي فيه إلا الإمام فإن تاب قبل القدرة عليه طولب بحقوق الآدميين.

قَوْله: (فذلك مردود)[1]. لأن ذلك ليس إلىٰ الأولياء فإن تاب قبل أن يصل إلىٰ الإمام مضىٰ الصلح وصح وإلا رد.

قَوْله: (أو يصلبه حيا)[1]. فيقتل وهو مصلوب بالرمح أو السهم ليراه الناس ثم ينزل فيغسل ويصلىٰ عليه، وقيل: يقتل بالأرض ويغسل ويصلىٰ عليه ثم يصلب ويترك.

قَوْله: (ومن فقأ أعين جماعة)[2]. مذهب الشَّافِعي أن الخيار لولي الدم في القصاص أو الدية فإذا قتل رجل جماعة عمدا فعندنا لا يلزم إلا قتله، لأن العمد قود كله، ولو مات قبل القصاص أو قتله أجنبي لم يلزمه أكثر، وعند الشَّافِعي إذا اختار القصاص قتل لأحدهم بالقرعة وكان في ماله ديات الباقين لتعذر القصاص، وإن اختاروا الدية ففي ماله دياتهم، ولو مات قبل القصاص ففي ماله، وكذلك إذا قطع أيدي جماعة أو بتل أعينهم لا يلزمه عندنا إلا قطع يده وبتل عينه وعنده يقطع لأحدهم ويغرم الديات من ماله.

قَوْله: (فلا شيء للمقطوع)[2]. يده أولا كما لو مات الجاني.

قَوْله: (ولا عقل له)[2]. لأنه قد أختار القصاص في اليد الناقصة.

(١) التهذيب (٤/٦٠٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٠١).

قَوْله: (فأخذت ما بين قرنيه)[1]. لنا قولان هل يقتص بالمساحة أو بالنسبة فإذا أوضحه ورأس أحدهما (.) من رأس الأخر نظر قدرها من الجروح فإن كانت ثلثه أوضحا ثلث رأس الجاني، وعلى القول الثاني تعتبر تلك المساحة ما كانت من رأس الجاني.

قَوْله: (فيشق من رأس الجاني بقدره)[1]. أي (..) واللحم حتى ينكشف من العظم بقدر ذلك.

قَوْله: (وهو موضحة)[2]. لأنه لم يتحلل وضح العظم شيء من اللحم والجلد، فإن تخلل تعددت إذا كان بياض العظم في مواضع.

قَوْله: (ففيه القصاص). لإمكانه في ذلك.

قَوْله: (فله العقل ولا قصاص). لأن اليد الشلاء لا منفعة فيها بخلاف الناقصة تلك صحيحة، وقيل يخير المجني عليه بين أن يقتصمنه من (.) أو يأخذ الدية ويقال أن اليد الشلاء إذا وقعت سال دمها إلى أن يموت [٢٧٢/ب] صاحبها فينبغي أن ينظر إلينا أهل المعرفة فإن كانت كذلك لم يجز القصاص منها.

قَوْله: (فديتها للمقطوع الأول). لأنه بالجِنَايَة صارت كأنها يد الأول لأنه قد استوجب قطعها.

قَوْله: (فدمه لأولياء المقتول الأول). لأنهم قد استوجبوا دم الجاني أولا إلا أن يرضوا أولياء المقتول آخر أولياء المقتول الأول فيصير دم الجاني أخيرا لهم.

---

(١) التهذيب (٦٠١/٤).

(٢) من هذا إلى قوله: (ولا شيء لولاة المقتول في ذلك كله) كله من التهذيب (٦٠٢/٤).

قَوْله: (ولهم أن لا يرضوا بما بذلوا لهم من الدية). وقال ابن حبيب: إن بذلوا لهم الدية فيجبروا علىٰ أخذها وإسقاط حقهم لأنه قد تعذر القصاص في الجاني أولا.

قَوْله: (فله القود في العمد). لأنه معصوم بالنظر إلىٰ هذا الجاني وأن لم يكن معصوما دمه بالنظر إلىٰ ولاة المجني عليه أولا.

قَوْله: (ولا شيء لولاة المقتول في ذلك كله). لأنه إنما لهم نفس لا عضو والنفس باقية مع زوال ذلك العضو بخلاف أن يقتله قاتل فيصير لهم عليه حق لأنه أَذْهَب النفس التي كانت لهم.

قَوْله: (فله القصاص)[1]. لأنه إنما للأولياء النفس فقط وهي باقية فمن تعدىٰ منهم علىٰ غيرها اقتص منه.

قَوْله: (برأي أهل المعرفة)[1]. فيه الخلاف كما تقدم هل يقتص منه بالقياس أو بالمساحة فإن كان الذاهب ثلث السن سحل بالمبرد ثلث سن الجاني ينظر أهل المعرفة وتقديرهم وإن كان بالمساحة فيقدر ذلك ولابد من أهل المعرفة.

قَوْله: (بقدر ما يرىٰ الإمام)[2]. ولنا فيه قولان أحدهما يسقىٰ السم مرة بعد مرة حتىٰ يموت والثاني يقتل بغيره والأول أقرب إلا أن يكون مثلا لمن اعتدىٰ.

قَوْله: (كالمحاربين)[3]. أي يقتلون حرا.

---

(١) التهذيب (٤/٦٠٣).

(٢) في التهذيب «بقدر رأي الإمام» (٤/٦٠٣).

(٣) المصدر نفسه (٤/٦٠٣).

قَوْله: (ثم نزىٰ فيها)[1]. أي سرت فيه إلىٰ أن مات فيحتمل إن مات منها فلابد من القَسَامَة، وتكون الدية علىٰ العاقلة ويردون للجاني الصلح، وكان ينبغي أن يقول نزت فيه لكنه مقلوب.

قَوْله: (كرجل من قومه)[1]. أي يدخل مع العاقلة في الدية ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ لا يدخل معهم.

قَوْله: (أن كان عفوا)[2]. عن اليد فقط لا عن اليد (.) لليسر في اليد.

قَوْله: (وللمقتول أن يعفو عن قاتله عمدا)[1]. إلا أنه في ذلك بخلاف الخطأ هو مال فلا يجوز له العفو فيه إلا أن يحمل (.).

قَوْله: (فلا قَسَامَة فيه)[1]. لأنه قد علم أنه مات من ذلك بخلاف ما إذا تكلم بعدها أو أكل.

قَوْله: (إذا كان قد أنفذ مقاتله)[1]. لأن الحشوة من المقاتل وحياته بعد ذلك كلا حياة فلو تعدىٰ رجل عليه بعد ذلك فقطع رقبته فلنا قولان المَذْهَب أن يقتص منه لأنه قتل حيا ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ لا يقتص منه بل يعزر لأنه لم يذهب حياة معتبرة، ولنا في تذكية الشاة يذهب السبع بحشوتها قولان المَذْهَب لا تؤكل ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تؤكل، وجه المَذْهَب في الشاه الاحتياط في أكل المحرم وكان ينبغي علىٰ هذا ألا يقول بالقصاص في المسألة الأولىٰ، فإن قيل احتياط للنفس حتىٰ لا يقدم (.)[3] عليها قيل: فيه أيضا قتل نفس محققة الحياة بغير محققة.

---

(١) التهذيب (٤/٦٠٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٠٣).

(٣) كلمة غير واضحة في المتن.




قَوْله: (لأنها غير ذكية)[1]. أي لا تنفع الذكاة فيها إن ذكيت وسبب الخلاف قَوْله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] هل هو (.) أي لكن ما ذكيتم من غير هؤلاء (.) أي من الموقودة والمتردية.

قَوْله: (والعفو والصلح فيمن أحب)[2]. لأن له قيمة الجميع ولا خلاف في هذا.

قَوْله: (وليس للأخوة للأم)[2]. لأنهم غير عصبة، [٢٧٣/أ] وأما الأم فلها حق في الدم العمد لأنها أحد الأبوين وأما البنون والأخوة إذا كان فيهم إناث فليس للإناث في الدم حق لأنهن لسن من أهل التناصر، أما لو كان بنت وأخت فالدم لهم إذا ثبتت بينة لكن لابد في القَسَامَة من رجلين فصاعدا.

قَوْله: (فعفو البنين جائز علىٰ البنات)[2]. لأنهم قد تساووا في (.) واختصوا بالتعصب والتناصر.

قَوْله: (فاعفوا علىٰ الدية دخل فيه النساء)[2]. لأنه صار مالا كقتل الخطأ بخلاف ما إذا عفوا علىٰ غير شيء لأنه مال.

قَوْله: (وقضي منها دينه)[2]. أي دين الميت لأن ذلك المال له وعنه ورثوه لأنه بسببه، وسواء ثبت القتل ببينة أو بقسامتهم خلافا لبعض العلماء قالوا: إذا ثبت بالقَسَامَة فيختص به الأولياء لأنهم لو شاؤوا تركوا ذلك.

قَوْله: (وأن عفا واحد من البنين سقط حظه من الدية)[2]. لأنه لما عفا تعذر القصاص ولم يعف علىٰ شيء فصار كالخطأ يترك أحد الورثة للقاتل حقه.

---

(١) التهذيب (٤/٦٠٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٠٥).

قَوْله: (وكذلك في هذا إذا وجب الدم بقَسَامَة)[1]. خلافا لبعض العلماء قالوا: إذا ثبت الدم بقَسَامَة وعفو على الدية أو تعذرت فلا يدخل فيما النساء لأنهم يقسمون في العمد دون النساء، ولو عفا المقتول عمدا على الدية كان ذلك له وتدخل فيه وصاياه، لأنه مال علم به بخلاف ما تقدم لا تدخل فيه الوصايا لأنه ما علم له.

قَوْله: (وإذا عفا جميع البنين)[1]. أي على غير شيء فلا شيء للنساء من الدية بخلاف عفو بعضهم على غير شيء.

قَوْله: (وإن كان الأخوات شقائق والأخوات للأب)[2]. فيها ثلاثة أقوال إذا اختلفوا فقيل: القول قول من طلب القتل من الصنفين، لأنه تشف من المقتول فقدم. وقيل: القول قول من طلب الدية لأن الصلح مندوب إليه. والثالث المَذْهَب: لا عفو إلا باجتماعهم وإنما استوى النوعان هنا لقوة النساء بالنسب من جهة الأب والأم.

قَوْله: (إلا أن يعفوا بعض البنات وبعض العصبة)[2]. لأنه قد اجتمع البعضان فتعذر القصاص فيرجع إلى الدية فإن عفو على غير شيء سقط حقهم من الدية وكان لمنبقي حقهم منها.

قَوْله: (وإن قال بعض البنات: نقتل، وقال بعضهن نعفو)[2]. هذه كالمسألة المتقدمة في الخلاف فإن عصى العصبة تم العفو لاجتماع أحد الصنفين وبعض الأخر عليه.

قَوْله: (فذلك لهم)[2]. للاجتماع أيضا عليه.

---

(١) التهذيب (٤/٦٠٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٠٦).




قَوْله: (فلا سبيل إلىٰ القتل)[1]. لتعذر القصاص باجتماع بعض الصنفين علىٰ العفو.

قَوْله: (فالإبنة أولىٰ بالقتل)[1]. لأنها أقوىٰ من الأخت بالقرب فهي أحق بالتشفي لقربها ولأن الأخت ليست عاصبة هنا لأنها ثرت بالفرض بخلافها مع البنتين هي عاصبة؛ لأنها تأخذ ما فرض لها من النصف.

قَوْله: (وهذا إذا مات مكانه)[1]. أي وثبت القتل ببينة وإذا لم تكن بينة فلا يقسم النساء في دم العمد لأنه ليس مالا بخلاف دم الخطأ.

قَوْله: (فلا عفو لها)[1]. لأن القتل إنما ثبت بقَسَامَة العصبة فهم أملكوا لهم منها.

قَوْله: (فلا عفو لهم)[1]. لأنهم يتهمون علىٰ إسقاط حق البيت من التشفي فلا بد من الاجتماع.

قَوْله: (من أهل الذمة)[2]. لأنه إذا أسلم لم يرثه الكفار فيبقىٰ لا عصبة له.

قَوْله: (فلهن أن يقتلن). يعني إذا ثبت القتل (.).

قَوْله: (إذا [٢٧٣/ب] كان عدلا). وإلا فلا يجوز له فيما بينه وبين الله أن يحكم في ذلك ولا في غيره.

قَوْله: (وله أن يستحلفه). وقال أَشْهَب: ليس له ذلك وهو عنده كدعوىٰ الزوجة الطلاق علىٰ زوجها والعبد القن علىٰ سيده ولهذا لا يجب فيه اليمين، قيل: وليس مثله لأنه إذا منع الحلف هنا لأنه يتكرر (.) الدعوىٰ من العبد والمرأة

(١) التهذيب (٤/٦٠٦).
(٢) من هذا إلىٰ قوله: (وليس للأب أن يعفوا) كله من التهذيب (٤/٦٠٧).

فيؤدي إلىٰ الضرر بالزوج والسَّيِّد، وليس ذلك هنا، وإذا قلنا يحلف فإنما يحلف يمينا واحدة فإن نكل وردها فإما يحلف المدعي يمينا واحدة {وهذا يدل علىٰ أن ولي الدم يحلف واحدة} لا خمسين؛ لأن اليمين إنما تكون علىٰ حسب المودودة كما أن ولاة الدم في القَسَامَة إذا نكلوا فيحلف المردود عليهم خمسين لما كانت الأولىٰ المردودة خمسين.

قَوْله: (تلوم عليه الإمام). فإن طال أمره ولم يأت بشيء لم يلتفت إليه.

قَوْله: (فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية). خلافا للشافعي أنه ينتظر بالصبي إلىٰ أن يبلغ ولنا أن الانتظار يؤدىٰ إلىٰ بطلان الدماء، لأنه قد يموت القاتل قبل ذلك، وإذا عفوا علىٰ الدية كانت للصبي أن حجبهم عن الميراث ولهم أن يقتصوا لأن المَذْهَب أن العمد قود كله، أما علىٰ قول أَشْهَب فيخير ولي الدم بين القود والدية، فكان ينبغي ألا يجوز ولا (.) أن يقتص عن الصغير لأنه لا منفعة إلا في المال لكن هو مرجوح لأنه لو وجب زال التخير.

قَوْله: (وكذلك العصبة). لا يجوز لهم العفو عن الدم إلا علىٰ الدية كاملة إلا أن يتحملوا ذلك في مالهم ويكونوا أملياء.

قَوْله: (فللوصي أن يقتص له). لأنه الناظر له في جميع أموره.

قَوْله: (فولاته أحق). لأن نظر الوصي له قد انقطع بموته ورجع الأمر إلىٰ العصبة.

قَوْله: (وليس للأب أن يعفوا). يعني علىٰ غير مال إلا أن يعوضه من ماله.

قَوْله: (علىٰ وجه النظر)[1]. أي لا يسقط (.) من المال المعروف في ذلك

(١) التهذيب (٤/٦٠٨).

بين الناس شيء.

قَوْله: (إلا أن يكون الجارح عديما)[1]. فيكون صلحه بما تيسر من المال نظرا.

قَوْله: (فاحب إلي أن يختار أبوه أو وصيُّه أخذ المال)[1]. أحب هنا على بابها، لأنه لو وجب المال لسقط حكم التخيير في ذلك بين القصاص والدية فإن اختار القصاص فبالشرع عمل.

قَوْله: (أوَفي ذلك شك؟)[1]. يدل على أنه إجماع.

قَوْله: (ويرى الكف عنهما)[1]. أي الذي أدرك من السلف ما كان يفضل أحدهما ومع ذلك يرى الكف عن ذلك.

قَوْله: (فلا شيء عليهم)[2]. لأنهم قد استوفوا حقهم غير أنهم (.) على الإمام لأنه الذي يستوفي الحدود إذ لو جعل (..) فيه وبالغوا فيما يحصل به التشفي وذلك يبعث على الفتنة فيجب تعزيرهم على الافتيات.

قَوْله: (فليتحاص العاقلة وأهل الوصايا فيثلث ديته)[3]. لأنه أوصى العاقلة بالدية كاملة فيصرفون بها مع سائر أهل الوصايا في ثلث الدية، لأنه لا مال له سوى الدية.

قَوْله: (دخلت الوَصِيَّة في ديته). لأنه مال علم به قبل موته.

قَوْله: (فلم يغير الوَصِيَّة). فدل على أنه ادخلها في ثلث الدية.

---

(١) التهذيب (٤/٦٠٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٠٩).

(٣) هذا إلى قوله: (فأهل الدين بذلك أولى) كله من التهذيب (٤/٦٠٩).




قَوْله: (إلا أن تختلس نفسه). فهذا لم يعلم بكيفية قتله عن عمد أو خطأ ولا بالدية

قَوْله: (لم يدخل فيها الوصايا). لأنه مال لم يعلم به الميت.

قَوْله: (وأهل الدين بذلك أولى). لأن ما يؤخذ في (..) المال فهو (.) عنه يورث ولا ميراث قبل الدين.

قَوْله: (لأنهم ورثوا الدم عمن له العفو أو القتل)[1]. [٢٧٤/أ] أي هذا حق صح لموروثهم ومن مات عن حق فلورثته.

قَوْله: (كما لم يكن لأمهم)[1]. أي إنما يكون للورثة ما كان للموروث لا زيادة عليه.

قَوْله: (فكان ولي الدم ولد القاتل)[1]. مثل أن يقتل الرجل أحد ولديه عمدا فيرثه أخوه لأن قاتل العمد لا يرث من المال ولا من الدية ولا يحجب عنهما ويصير كالعدم.

قَوْله: (فقد كره له مَالِك القصاص منه)[1]. ليس على التحريم فلو هجم عليه فقتله جاز لكن عق بذلك ويعزره الإمام وتسقط شهادته بعقوقه حتى يتوب.

قَوْله: (يكره أن يحلفه في حق فكيف يقتله)[1]. أي إذا كره هذا وكان عقوقا إن فعله فكيف قتله إياه.

قَوْله: (ويقضى عليه)[2]. أي تسع البينة ويثبت ذلك عند الحاكم لئلا يفوت ذلك بموت البينة ثم أن شاء مضوا بحكم الحاكم إلى البلد الذي هو فيه فاقتصوا

(١) التهذيب (٤/٦١٠).

(٢) هذا إلى قوله: (فأراد على المقدم) كله من التهذيب (٤/٦١١).

منه أو انتظروه إلىٰ أن يقدم؛ فإن كانت له حجة تبرئه وإلا اقتص منه، ولا تعاد البينة أي لا يعيدون شهادتهم، ولكن يمكنهم الحاكم من الطعن فيها ويعرفه بالشهود.

قَوْله: (**فليس لغرمائها فيه قيام بدينهم**). لأن حق الزوج متعلق بذلك تجهز به المرأة بقدر المهر فلا يجوز لها أن تدفع دينا إلا مما زاد علىٰ المهر، ويصير ذلك كالرهن ليس للغرماء أخذه لتعلق حق المرتهن به.

قَوْله: (**كالدينار**). أي يجوز أن تدفعه في دينها لأن العرف في هذا النزر اليسير ألا يتجهز به.

قَوْله: (**فعطب بذلك**). مثل أن يسقط عن الدابة أو يصبه بعض السلاح فيموت فهذا قتل خطأ ففيه الدية.

قَوْله: (**وعليه عتق رقبة**). لأنه قتل مؤمنا خطأ.

قَوْله: (**فالدية علىٰ عاقلة الصبي**). لأن الدابة إنما تسير بفعله فهو المباشر، وصاحب الدابة سبب فغلب المباشر.

قَوْله: (**فأراد علىٰ المقدم**). لأن سيرها بفعله لأنه يمسك مقودها إلا أن يكون من فعل من المتأخر بالدية، فيكون عليه ذلك والريح والنفخ أن تضرب أحدا بيدها أو رجلها.

قَوْله: (**ولا يضمن للمقدم النفحة**)[1]. إلا أن يكون سببها من فعله وإلا فهي من طبع الدابة فهو (.).

قَوْله: (**فإن كان قد ضبط الركوب**)[1]. فهو كالرجل وإلا فهو كالعدم يؤخر

---

(١) التهذيب (٤/٦١٢).

المؤخر بذلك.

قَوْله: (ولا يضمن المقدم ما كدمت)[1]. أي ما عضته بفمها إذا لم يثبت في ذلك مثل أن يعلم ذلك منها فلا يجعل على فيها ما يمنعها منه.

قَوْله: (وأن جمحت دابة براكبها فوطئت إنسانا فهو ضامن)[1]. لأن جموحها من فعله.

قَوْله: (أو في آخره)[1]. لأن سير (..) بفعل القائد الأول أو راكبه لأن ذلك يترتب بعضه على بعض.

قَوْله: (لم يضمن القائد)[2]. لأن ذلك النفخ من طبع الدواب فهو جبار والقائد الذي يقودها متقدم عليها والسائق الذي يسوقها متأخر عنها.

قَوْله: (فذلك عليه خاصة)[3]. ولو اشتركوا في السبب كان على الجميع.

قَوْله: (الجمال ضامن دون صاحب البعير)[3]. لأنه لما رجع العدل عن البعير كان يجب عليه أن ينظر إلى الحمل فهو المفرط لا صاحب البعير، وسواء كانت الجمال للأجير أو لصاحب البعير.

قَوْله: (فالساقط ضامن)[3]. ولو مات الساقط كان هدرا لأن القتل ينسب إليه لا إلى الذي (.).

قَوْله: (فلا غرم عليه)[3]. لأنه فعل ما يجوز له ولم (.) الذي هلك ذلك (.) وإن [٢٧٤/ب] كان سببا لكن استتر إلى إباحة الشرع بخلاف ما إذا مشا في

(١) التهذيب (٤/٦١٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦١٣).

(٣) هذا إلى قوله: (لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها) كله من التهذيب (٤/٦١٤).

الطريق فأتلف فيه شيئا لغيره ؛ فإنه تلف بفعله والخطأ فيه كالعمد.

قَوْله: (وما صنعه في طريق المسلمين مما لا يجوز له). يعني إذا كانت ضيقة أما إذا اتسعت جدا فيجوز له أن يحفر بئرا فيها لينفع به الناس.

قَوْله: (ليعطب بها سارقا). هذا وأن كان في ملكه فقصده أن يقتل بذلك من لا يجوز له قتله غير جائز وإذا لم يكن لفعله لحفر البئر أو الجب إلا ما لا يجوز فيطمر لأنه فعل خطأ.

قَوْله: (في دار رجل بغير إذنه). هذا متعد فلذلك ضمن.

قَوْله: (بعد أن يتقدم إليه فيه). في هذا تفصيل فإن كان معترفا بأن الكلب عقور أن الحائط مائل فيكفي في تضمينه التقدم إليه والإشهاد عليه فقط ، وإن لم يكن معترفا بذلك وأن كان أمره ظاهرا للناس فيكفي في ذلك إلا أن يرفع إلىٰ الحاكم ويثبت عنده ذلك ويحكم عليه بإزالة الضرر ، وأن لم يزله ضمن ما أصابه.

قَوْله: (حيث يجوز له). كالماشية وموضع الحدث أما في موضع لا يجوز له اتخاذه فيه كالدور والدّكان فيضمن وأن لم يتقدم إليه في ذلك لأنه متعد باتخاذه.

قَوْله: (لم ينفعهم الإشهاد إلا علىٰ ربها). لأن المستأجر لا يلزمه بناء ذلك ولا يجوز له هدمه.

قَوْله: (فهو ضامن)(١). لأنه متعد.

قَوْله: (وإذا اصطدم فارسان)(١). المَذْهَب أن كل واحد من الراكبين في ماله قيمة فرس الآخر وعلىٰ عاقلته دية الراكب الآخر ، لأن العاقلة إنما تحمل في

(١) التهذيب (٤/٦١٥).

الخطأ دية الآدمي لا قيمة المتلفات ووجه ذلك أن كل واحد منهما سبب مستقل في قتل الثاني وعقد فرسه، وقال أَشْهَب: بل مات كل واحد بفعل نفسه وفعل غيره، فعلىٰ كل واحد نصف قيمة الفرس وعلىٰ عاقلته نصف دية الآخر.

قَوْله: (**ولو أن سفينة صدمت أخرىٰ**)(١). الفَرْق أن الفارس له قدرة علىٰ ضبط الفرس غالبا بخلاف السفينة إذا هبت الريح ومال البحر لا قدرة لأحد علىٰ إمساكها، اللهم إلا أن يقدر أهلها علىٰ صرفها وضبطها فهي كمسألة الفرسين.

قَوْله: (**فثمن الغلام**)(١). أي قيمته في مال الحر هذا علىٰ المَذْهَب أن كل واحد منهما سبب مستقل في قتل الثاني، وعلىٰ قول أَشْهَب فنصف قيمة العبد في مال الحر ونصف دية الحر في رقبة العبد؛ فإن كانت دية الحر أو نصفها لا تفي بها الرقبة فليس لولي الحر شيء، لأن العبد قد مات ولا يتبع سيده لأن الجِنَايَة في رقبته، وإن كانت قيمته أكثر من دية الحر أو نصفها كان للسيد ما زاد في مال الحر.

قَوْله: (**فعلىٰ عاقلة الحر نصف الدية**)(١). لأنهما قاتلان علىٰ السواء فنصف الدية في رقبة العبد ونصفها علىٰ عاقلة الحر.

قَوْله: (**لا علىٰ الثلث والثلثين**)(٢). لأنهما قاتلان معا سواء كثر ضرب أحدهما أو قل.

قَوْله: (**قيل لسيده ادفع نصفه**). لأنه قد صار العبد بين الوليين فلما عفا أحدهما بقي النصف للثاني، فيخير سيده بين افتكاكه بنصف الدية أو إسلامه ولو قتل حرٌّ رجلا له وليان فقتل أحدهما بغير إذن الولي الثاني فله أن يرجع عليه

---

(١) التهذيب (٤/٦١٥).

(٢) هذا إلىٰ قوله: (صار الجرح كالخطأ) كله من التهذيب (٤/٦١٦).




بنصف الدية لأنه أتلف ذلك عليه.

قَوْله: (ولكن يسلم كله). لأنه (.) عن أحد (.) الدية كان له (.) بالثاني أو يأخذ الدية (.) فإن عفي عنه فله أخذ [٢٧٥/أ] العبد كله أو الدية فإذا لم يعف فله العبد كله أو الديتان أن عفا عنهما.

قَوْله: (قيل لسيده إما أن تسلم نصفه أو تفديه بالدية). لأنه لما عفا أولياء القتيلين صار كقتل الخطأ فصار العبد بين أولياء القتيلين لكل صنف نصفه بخلاف المسألة المتقدمة إذا لم يوجد عفو فيها، ولو أن حرا قتل رجلين عمدا لكل واحد أولياء فصالح أولياء أحدهما علىٰ مال ثم [أرادوا][1] أولياء الآخر أن يقتلوه فله أن يرجع علىٰ الأولين بالمال الذي أخذوا منه، لأنه إنما دفع ذلك علىٰ ألا يقتل.

قَوْله: (ثم انتقض الجرح). أي نزئ.

قَوْله: (صار الجرح كالخطأ). أي كالقتل خطأ.

قَوْله: (يقسم علىٰ عددهم)[2]. فما ناب كل واحد منهم في رقبته لا في قيمته فلا نظر إلىٰ قيمهم.

قَوْله: (ويعتق عليه)[2]. لا خلاف في المَذْهَب أن السَّيِّد إذا مثل بعبده أنه يعتق عليه بالمثلة ومن مثل بعبد غيره ففيه قولان: أحدهما لا يعتق عليه لأن الحديث إنما جاء فيمن مثل بعبد نفسه. والثاني أنه يعتق عليه وإذا قلنا يعتق فهل بنفس المثلة يعتق لما مثل به ملكه أو يقوم عليه وبعد ذلك يعتق؟ قولان.

وأما المفلس إذا مثل بعبده فهل يعتق عليه؟ قولان؛ وجه العتق أنه عبده

---

(١) كذا في المتن.

(٢) المصدر نفسه (٤/٦١٧).

وذمته باقية فيتبعه الغرماء والثاني أنه لا يعتق لأنه تعلق به حق الغير.

قَوْله: (فإن لم يبطله)[1]. مثل أن يفقأ عينه يعني إذا أذهبت عيناه أو يداه فلا كبير منفعة فيه، بخلاف ذهاب العين الواحدة أو اليد فإن هذا لا يقوم على الأجنبي ولا يعتق بل يلزمه أرش ما ذهب منه وأن كان هذا القدر مثله بالنظر إلى سيد العبد يعتق بها عليه بخلاف الأجنبي.

قَوْله: (وقد سمعت)[1]. هذا هو القول الثاني أنه لا يعتق عليه إلا بعد التقويم[2].

قَوْله: (بينهما أثلاثا)[3]. لأن صاحب اليد يضرب في رقبة العبد بنصف الدية والمقتول يضرب بالدية.

قَوْله: (أهل الجراح)[3]. سمى القتل جرحا، أي يضربون في الرقبة بقدر مالهم.

قَوْله: (فلك أن تفدي ثلثيه في القتل بجميع الدية)[4]. لأن ذلك هو الواجب من رقبته لولي المقتول وثلثه لصاحب العين لأن فيها نصف الدية.

قَوْله: (وقال في المدبر يجني فتسلم خدمته في الجِنَايَة)[4]. لأنه لا يجوز إسلام رقبته بما فيه من شائبة العتق.

قَوْله: (ولم يحمله الثلث)[4]. لو حمله عتق كله واتبع بما بقي من الجِنَايَة على المَذْهَب وعلى القول الثاني لا يتبع الحر.

---

(١) التهذيب (٤/٦١٧).

(٢) في الحاشية: «(.) بشيء إن نقص عن ذلك اتبع به في نصيبه (.)».

(٣) المصدر نفسه (٤/٦١٧).

(٤) المصدر نفسه (٤/٦١٨).




قَوْله: (وما وقع على العتيق منه)[١]. اتبع به على المَذْهَب.

قَوْله: (أفتأخذون جميع كسبه؟)[٢]. أي إنما يأخذون ذلك من ماله ويأخذون من كسبه ما زاد على نفقته وكسوته بالمعروف[٣].

قَوْله: (قد قال مَالِك)[٤]. أي كما أن الذي نصفه حر لا يؤخذ من كسبه (.) النصف إلا ما فضل عن عيشه، فكذلك في هذه المسألة لأن الذي يؤخذ من العبد من جنايته إنما هو قضاء لنصيبه الحر.

قَوْله: (لأنه رقيق لهم)[٥]. أي ولا يتبع السَّيِّد عبده بشيء جناه عليه أو على غيره.

قَوْله: (فما كان في مثل هذا)[٦]. أي لا يصدّق العبد في إقرارِه بمال أو بما يفضي إلى مالٍ؛ لأنه آمر على غيره إلا أن تكون به قرينة كشهادة تدل على صحة ذلك، وهذا كامرأة تعلقت برجل وهي تدمي (.) عبد أنه افتضها فهذه قرينة تدل على صحة دَعْوَاها وإلا لم يلتفت إلى قَوْلها.

قَوْله: (فلهم قتله)[٦]. أي يصدق في العمد لأنه لا يفعل عاقل مثل هذا ليزول عن (.) سيده ويرضى [٢٧٥/ب] بأن يُقتل وتُقطع يده هذا بعيد.

ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنه لا يقبل قَوْله البتة لأنه لا يملك من نفسه شيئا.

---

(١) في التهذيب «على المعتق منه» (٤/٦١٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦١٨).

(٣) في الحاشية: «فإن كان كفافا أي إن ساوا ماله عليه».

(٤) المصدر نفسه (٤/٦١٨).

(٥) في التهذيب «لأنه رقيق لهم» (٤/٦١٩).

(٦) المصدر نفسه (٤/٦١٩).

قَوْله: (فإن استحيوه فليس ذلك لهم)[1]. لأنهم إذا قَتَلوه لم تكن تهمة أما إذا استحيَوه اتّهم العبد فيما يقبل قَوْله.

قَوْله: (وإن جنىٰ عبد في يديك)[1]. إن كنت غاصبا فسيده [مخيرا][2] بين أن يلزمك قيمته لأن الجِنَايَة عيب فيه طرأَ عِندك وتبقىٰ أنتَ كما لو جنىٰ عبدك، فإما أن تفديه أو تسلمه، وإن كان رهنا فتُفدِيه، فإن دَفع لك السَّيِّد ذلك بقِي رهْناً كما كان وإلا صارَ لك وبطَل الرّهن؛ لأنه كان معينا كما لوْ مات، {وليس حق المرتهن أقوىٰ من حق السَّيِّد وتقدم عليه الجِنَايَة}.

قَوْله: (فدينه في ذمته)[3]. لأنه بالكتابة كالمأذُون له في التصرّف، فإذا عجز صار ذلك في ذمته، فإن كان له مالٌ لا يَفي بالكتابة أو يَفي بها أخذَهُ الغُرماء لأن الدَّين مُقدّم علىٰ الكتابة.

قَوْله: (وكل ما أفاد)[3]. أي هبة أو تجارة أو ميراث ونحوه، فهو للغرماء، ولا يأخذون من كسبه شيئا، لأن ذلك مخصوص بسيّده.

قَوْله: (فالعبد يباع في دَين المكاتب)[3]. لأنه ماله لكن يبيِّنُ للمُشترىٰ أنَّ عليه ديناً لأنّ ذلك عيبٌ لأنه متىٰ طرأ له مالٌ أو ماتَ عن مال أخذهُ الغُرماء.

قَوْله: (فلا شيء علىٰ الولد)[3]. لأن الجِنَايَة في رقبتها لا تتعدّاها، وسواءٌ ولدته قبل الجِنَايَة أو بعدها، أما الحمل فإنه يسلم معها أن أسملت لأنه كعُضْوٍ منها ولا يصِحّ استِثناؤُه.

---

(١) التهذيب (٤/٦١٩).

(٢) كذا في المتن، والصواب «مخيرٌ».

(٣) المصدر نفسه (٤/٦٢٠).

قَوْله: (وتسلم بمالها)[١]. لأنه صفة من صفاتنا بخلافِ الولد لأنه رقبة أُخرىٰ.

قَوْله: (منع سيدها من وطئها)[١]. لِتعلق حق المجنيِّ عليه برقبَتِها.

قَوْله: (فعلىٰ السَّيِّد الأقل من نصف قيمتها أو نصف الدية)[٢]. لأنه ممنوع من إسْلَام شيءٍ مِنها، إذ لا يجوز بيعها علىٰ وجهٍ، فانتقل إلىٰ قيمتها لأنّ قيمة الشّيء تَقوم مَقامه، فيُخيّر وليُّ الدّم بين نصف قيمتها إن كانت أقل؛ لأنها لو كانت أمة فإنما كان عليه أن يُسلم له نِصفها والقيمة تَقوم مقامَ ذلك، أو نصف الدية إن كانت أقل؛ لأنه إنما يجب عليه في الفداءِ نصفُ الدّية.

قَوْله: (إنما لكم قتل فليس ذلك له). هذا إن لم يعفُ أحدُهما فلا يجوز له هذا لأنّ وليَّ الدّم هو المخَيَّر، بخلاف القاتل الحرّ إذا بذل نفسه فلا يجب عليه سوىٰ ذلك.

والفَرْق أنّ الحرّ هو الذي بذَل نفسه، وفي المسألةِ الأُولىٰ الباذل إنما هو سيِّدُ الجاني، ولأن الحرّ يختارُ بقاء مالِه لوَرثَتِه وليس العبدُ كذلك.

قَوْله: (ويجبر علىٰ ذلك). لأنه بالعفوِ قد تعذَّر القصاص فلا يجوز لوليِّ الدّم قتله؛ لأنه إنما له نصف الدّم، ولا للجاني أن يختارَ قتله عن حق أحدِ الوليَّيْن لأن ذلك لا (.) عن الدّم كله.

قَوْله: (ولا تجوز شهادة النساء في دم العمد). لأنه قتل نفسٍ، ولا في العفوِ عنه لأنّه إحياءُ نفسٍ.

---

(١) التهذيب (٤/٦٢٠).

(٢) من هذا إلىٰ قوله: (ثم قطع بقية كفّه) كله من التهذيب (٤/٦٢١).

قَوْله: (ثم قطع بقية كفّه). أي لم يقصد المثلة بذلك، ولكن أدّىٰ إلىٰ ذلك امتناعه منه فلا يمثّل به.

قَوْله: (ولم يدر أنه لا يحسن العوم)(١). إذا رماه لا يقصد قتله، فإن علم أنه لا يُحسِن العوْم فهو عمدٌ، وإن لم يعلم فهو خطأٌ، وإن قصدَ قتله فلا يحتاج إلىٰ تفصيلٍ بل يُقتل به.

قَوْله: (فعطب به ذلك الرجل فإنه يقتل به)(٢). لأنه قصَدَ قتْلَه فهذا عمد فإن كان المقتول غيرُه فهذا خطأٌ. واللهُ أعْلَمُ.

تمَّ الجُزءُ الثَّاني مِن كِفَايَةِ اللَّبِيبِ في شَرْحِ التَّهْذِيبِ، وذَلك في العَشْرِ الآخِرِ مِن رَبِيعِ الأوَّل، سنَةَ إِحْدَىٰ وَثَمَانِينَ وسِتِّمائةٍ، بالمَدْرَسةِ الصَّالِحيَّةِ مِن القَاهِرَة حَرَسها اللهُ، وصَلَّىٰ الله عَلىٰ مُحَمَّدٍ وآلِه.



(١) في المتن «لم يدر أنه يحسن العوم»، والصواب ما أثبته من التهذيب (٤/٦٢١).

(٢) التهذيب (٤/٦٢٢).

الفهـــارس العامـــة

※ فهرس الآيات

※ فهرس الأحاديث

※ فهرس الأعلام المفردة

※ الأعلام الجماعية

※ فهرس القواعد الأصولية

※ فهرس القواعد الفقهية

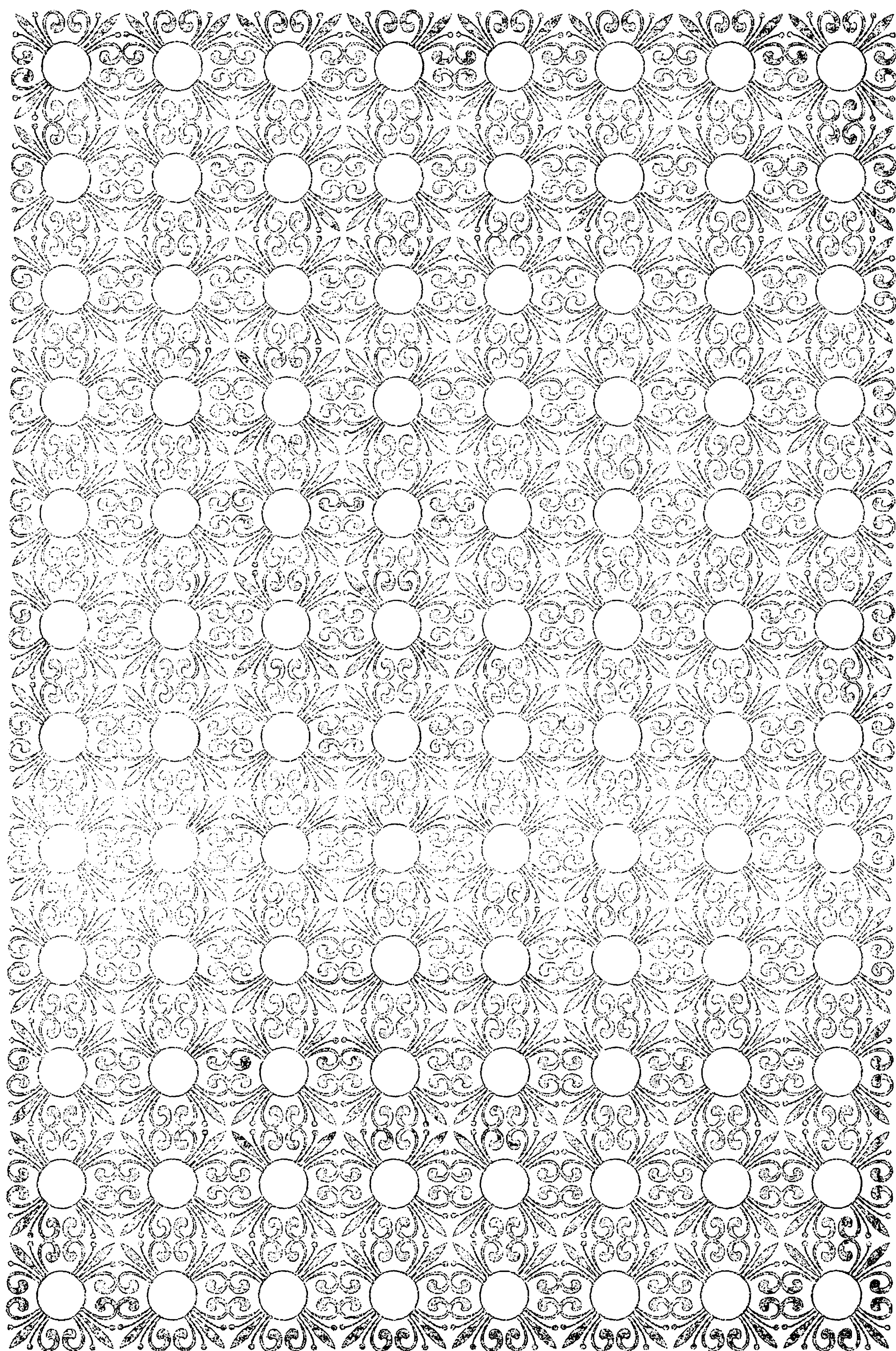
※ فهرس الضوابط الفقهية

※ فهرس المصادر المذكورة في المتن

※ فهرس المصطلحات المعرفة

※ فهرس الأماكن

※ فهرس المراجع والمصادر



فهرس الآيات

الآية	رقمها	السورة	الصحيفة
﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾	٨	النساء	١٠٣/٣
﴿غَيْرَ مُضَار﴾	١٢	النساء	٢٩٥، ٣/٢٤٧
﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ﴾	١٩	النساء	٤٦٢/١
﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾	٢٢	النساء	٣٧٥/٣
﴿لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾	٢٩	النساء	٣٢٥/٢
﴿إِنَّ اللهَ يَامرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	٥٧	النساء	٢١٦/٣
﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً﴾	٨٤	النساء	٢٥/٣
﴿ومن قتل مُؤمِناً خطأً فتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُومِنَةٍ وَدِيَةٌ﴾	٩١	النساء	١٦٩/٣
﴿وَدِيَةٌ﴾	٩١	النساء	٢٣٨/٣
﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِي اللهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ﴾	١٣٠	النساء	٤٠٤/١
﴿لَا يُحِبُّ اللهُ الجهْرَ بالسُّوءِ﴾	١٤٧	النساء	١١٠/١
﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهوا عَنْهُ﴾	١٦٠	النساء	٥٤٦/٢
﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾	٢	المائدة	٤٧٧/٢
﴿إِلاَّ مَا ذَكَيْتُمْ﴾	٤	المائدة	٤٧٧/٣
﴿إِلَّا الذِينَ تَابُوا﴾	٣٤	المائدة	٣٦٩/٢
﴿أَوْ يُصلَّبوا﴾	٣٥	المائدة	٣٣٤/٣
﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوَ اَعرِضْ عَنْهُمْ﴾	٤٢	المائدة	٥٤٧، ٢/١٨٤
﴿النَّفسُ بِالنَّفْسِ﴾	٤٧	المائدة	٤٠٧/٣
﴿العَيْنُ بِالعَيْنِ﴾	٤٧	المائدة	٤٥٦/٣

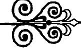
الآية	رقمها	السورة	الصحيفة
﴿الخبيثاتُ للخَبيثِينَ﴾	٢٦	النور	٣٧٤/٣
﴿إِنِّيَ أُرِيدُ أَن أَنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْن﴾	٢٧	القصص	٤٣٩/١
﴿لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾	١٨	فاطر	٤٤٦، ٣/٤٣٧
﴿مَنْ يُحْيِ الْعِظَامَ﴾	٧٨	يس	٣٩١/١
﴿فَسَاهَمَ فكَانَ مِنَ المدْحَضِينَ﴾	١٤١	الصافات	١٠٣/٣
﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾	٣٠	الزمر	٤٠٤/١
﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ﴾	٣٧	الشورىٰ	٢٣٢/٣
﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾	١٢	الحجرات	١٢٠/٢
﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾	٣٩	النجم	٢٧٨/٣
﴿ءَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾	٦٧	الواقعة	٢٤١/٣
﴿والذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾	١٠	الحشر	٩٣/٣
﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾	١	الطلاق	٤٦٢/١
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾	٢	الطلاق	٣٦٩/٢
﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾	٦	الطلاق	٤٦٢/١
﴿خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ﴾	٢	الملك	٣٩١/١
﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾	٧	الماعون	١١٩/٢ ٢٣٤/٣

فهرس الأحاديث
















فهرس الأعلام المفردة

العلم — الصحيفة



















الأعلام الجماعية

فهرس القواعد الأصولية

فهرس القواعد الفقهية












فهرس الضوابط الفقهية







فهرس المصادر المذكورة في المتن

فهرس المصطلحات المعرفة




فهرس الأماكن

فهرس المراجع والمصادر

❊ المصادر المخطوطة

١ . تهذيب البراذعي ، نسخة أزهرية رقم ٩٥٣٦٤ .

٢ . تهذيب البراذعي ، نسخة أزهرية رقم ٩٥٣٦٥ .

٣ . تهذيب المدونة ، نسخة من مكتبة الشيخ الحسين ، ميلة ، الجزائر ، رقم ٣٥ .

٤ . شرح ابن ناجي التنوخي على التهذيب ، نسخة جامعة الملك سعود ، رقم ٥١٢٥ .

٥ . كفاية اللبيب في شرح التهذيب . المؤلف غير مذكور ، مخطوطة القرويين . رقم ٣٦٨ .

❊ المصادر المطبوعة

١ . الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام لشهاب الدين القرافي ، طبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، عناية د عبد الفتاح أبو غدة . الطبعة الخامسة ٢٠٠٩ .

٢ . أدلة الوحدانية في الرد على النصرانية ، شهاب الدين القرافي ، تحقيق د عبد الرحمن دمشقية ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .

٣ . الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام العباس بن إبراهيم السملالي المراكشي ، المطبعة الملكية الرباط ، الطبعة الثانية ١٩٩٣

٤ . الأعلام لخير الدين الزركلي . خير الدين الزركلي الدمشقي ، منشورات دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة ٢٠٠٢ .

٥ . إفادة السالك بتمييز الأعلام المتشابهة في مذهب مالك ، محمد العلمي منشورات مركز الدراسات والبحوث في الفقه المالكي ، الرابطة المحمدية للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١٥ .

٦ . الإمام الشهاب القرافي حلقة وصل بين المشرق والمغرب في مذهب مالك في القرن السابع ، الصغير الوكيلي . منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . المملكة المغربية سنة ١٩٩٦ .

٧ . الأمنية في إدراك النية. المؤلف: شهاب الدين بالقرافي، تحقيق مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، الطبعة الأولى ١٩٨٨.

٨ . إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، إسماعيل بن محمد أمين البغدادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

٩ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد القرطبي دار الحديث القاهرة طبعة ٢٠٠٤.

١٠ . البدر السافر عن أنس المسافر لكمال الدين جعفر الأدفُوِي، تحقيق قاسم السامرائي، وطارق طاطمي، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث للرابطة المحمدية للعلماء، الطبعة الأولى ٢٠١٥.

١١ . بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة لجلال الدين السيوطي، المكتبة العصرية، لبنان، طبعة ١٩٧٩.

١٢ . البناية شرح الهداية المؤلف: بدر الدين العيني، محمود بن أحمد الحنفي، منشورات دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٠.

١٣ . البيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي. تحقيق مجموعة من الأساتذة الطبعة الأولى ١٩٨٨ دار الغرب الإسلامي، بيروت.

١٤ . التاج والإكليل لمختصر خليل المؤلف: محمد بن يوسف العبدري الغرناطي المواق، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤.

١٥ . تاريخ المكتبات الإسلامية ومن ألف في الكتب تأليف الشيخ محمد عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، منشورات الرابطة المحمدية للعلماء، الطبعة الأولى ٢٠١٣.

١٦ . ترتيب المدارك للقاضي عياض. تحقيق مجموعة من الأساتذة الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف المغربية.

١٧ . تعليقة الوانوغي على تهذيب المدونة لمحمد بن أحمد الوانوغي، وبهامشها تكملة التعليقة لمحمد بن أبي القاسم المشدالي، تحقيق أحمد نجيب وحافظ عبد الرحمن، طبع على نفقة سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم، الطبعة الأولى ٢٠١٤.

١٨ . التفريع لأبي القاسم عبيد الله ابن الجلاب . تحقيق ودراسة حسن بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٧ .

١٩ . التقييد على التهذيب ، من بداية السلم الأول إلى نهاية بيع الخيار ، لأبي الحسن الصغير للزرويلي ، دراسة وتحقيق ، طارق محفوظ الصحاري ، إشراف د محمد الروكي ، أطروحة بكلية الآداب سايس فاس ، المغرب ، السنة الجامعية ٢٠٠٥/٢٠٠٦ .

٢٠ . التنبيهات المستنبطة على الكُتُبِ المُدَوَّنَةِ والمُخْتَلَطَةِ ، عياض بن موسى اليحصبي ، تحقيق محمد الوثيق ، الدكتور عبد النعيم حميتي . دار ابن حزم ، بيروت ـ لبنان الطبعة الأولى ٢٠١١ .

٢١ . التهذيب في اختصار المدونة ، لأبي سعيد البراذعي ، دراسة وتحقيق د محمد الأمين ولد محمد سالم دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي . الطبعة ٢٠٠٢ .

٢٢ . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب المؤلف: خليل بن إسحاق ، تحقيق أحمد نجيب ، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .

٢٣ . جامع الأمهات المؤلف: عثمان بن عمر بن الحاجب ، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضري ، منشورات اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثانية ٢٠٠٠ .

٢٤ . جامع البيان في تأويل القرآن محمد بن جرير ، أبو جعفر الطبري للطبري تحقيق أحمد محمد شاكر . مؤسسة الرسالة . طبعة ٢٠٠٠ .

٢٥ . الجامع الصحيح سنن الترمذي ، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي ، تحقيق محمد بن أحمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٢٦ . الجامع الصحيح ، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، تحقيق د . مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، اليمامة ـ بيروت .

٢٧ . الجامع لمسائل المدونة ، لأبي بكر محمد بن يونس الصقلي ، تحقيق مجموعة باحثين ، منشورات معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ـ جامعة أم




القرى، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠١٣.
٢٨ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، منشورات دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٩ . حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد العدوي، دار الفكر بيروت لبنان، طبعة ١٩٩٤.
٣٠ . حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لجلال الدين السيوطي، دار إحياء الكتب العربية ـ مصر الطبعة الأولى، ١٩٦٧.
٣١ . الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي، العلمي محمد، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الفقه المالكي للرابطة المحمدية للعلماء. الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
٣٢ . الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، إبراهيم بن فرحون، تحقيق محمد الأحمدي، مطبعة دار النصر القاهرة، طبعة ١٩٧٢.
٣٣ . الذخيرة لشهاب الدين القرافي تحقيق محمد حجي ومجموعة من الأساتذة دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الثالثة/٢٠٠٨.
٣٤ . روضة المستبين في شرح التلقين، لأبي محمد عبد العزيز التونسي المعروف بابن بزيزة، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، منشورات دار ابن حزم الطبعة: الأولى ٢٠١٠.
٣٥ . سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
٣٦ . سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، منشورات شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر الطبعة الثانية ١٩٧٥.
٣٧ . سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي. أشرف على تحقيق الكتاب شعيب الأرنؤوط وحسين الأسد مؤسسة الرسالة بيروت ـ لبنان. الطبعة السابعة ١٩٩٠.

٣٨ . شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف ، دار الكتاب العربي بيروت ـ لبنان . الطبعة الأولى ١٣٤٩

٣٩ . شرح التلقين لأبي عبد الله محمد بن علي المازري ، تحقيق محمَّد المختار السّلامي ، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .

٤٠ . شرح الزُّرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني ، للشيخ البناني . دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٢ .

٤١ . شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب احمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور المكناسي ، تحقيق د عبد الله السفياني مطبعة أميمة بفاس سنة ٢٠١٠ .

٤٢ . شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، أحمد بن علي المنجور ، دراسة وتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين ، أطروحة دكتوراه الجامعة الإسلامية المدينة المنورة ، إشراف حمد بن حماد ، منشورات دار عبد الله الشنقيطي .

٤٣ . شرح تنقيح الفصول المؤلف: شهاب الدين القرافي ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد . شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة الأولى ١٩٧٣ .

٤٤ . شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي . تحقيق محمد محفوظ ، دار الغرب الإسلامي . الطبعة الثانية ، ٢٠٠٥ .

٤٥ . شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي دار الفكر للطباعة ـ بيروت الطبعة: بدون .

٤٦ . طبقات الشافعية الكبرى ، لتاج الدين ابن السبكي ، محمود محمد الطناحي د . عبد الفتاح محمد الحلو ، طبعة هجر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية ، ١٤١٣هـ .

٤٧ . طبقات الفقهاء للشيرازي ، دار الرائد العربي ، بيروت ـ لبنان الطبعة الأولى ١٩٧٠ .

٤٨ . عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجم المعروف بابن شاس دراسة وتحقيق د حميد بن محمد لحمر دار الغرب الإسلامي ، بيروت ـ لبنان الطبعة: الأولى ، ٢٠٠٣ .

٤٩ . العقد المنظوم في الخصوص والعموم في الخصوص والعموم للإمام القرافي، ت أحمد الختم عبد الله دار الكتبي مصر. طبعة ١٩٩٩.

٥٠ . الفروق لشهاب الدين القرافي. تحقيق عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية صيدا بيروت طبعة ٢٠١١.

٥١ . فهرسة المنتوري لأبي عبد الله محمد بن عبد الملك بن علي القيسي المنتوري تحقيق د محمد بنشريفة، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرابطة المحمدية للعلماء، الطبعة الأولى ٢٠١١.

٥٢ . القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروزآبادي، دار الحديث، القاهرة، طبعة ٢٠٠٨.

٥٣ . القرافي شهاب الدين: الاستغناء في أحكام الاستثناء، تحقيق طه محسن، مطبعة الإرشاد بغداد ١٩٨٢.

٥٤ . القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى، لأحسن زقور، دار التراث ناشرون، الجزائر. ودار ابن حزم، الطبعة الأولى ٢٠١١.

٥٥ . القواعد والضوابط الفقهية القرافية زمرة التمليكات المالية. عادل قوته، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ٢٠٠٤.

٥٦ . كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب لإبراهيم بن علي بن فرحون تحقيق حمزة أبو فارس وعبد السلام بن الشريف. دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٠.

٥٧ . لسان العرب، لمحمد بن منظور، دار الحديث القاهرة، طبعة ٢٠١٣.

٥٨ . المجموع شرح المهذب للنووي، مع تكملة السبكي والمطيعي، منشورات دار الفكر، دون تاريخ الطبعة.

٥٩ . المختصر الفقهي لابن عرفة محمد بن محمد، مؤسسة خلف أحمد الخبتور، الطبعة ١/٢٠١٤.

٦٠ . المختصر الفقهي، محمد بن محمد ابن عرفة التونسي، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد خير، منشورات مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة الأولى ٢٠١٤.

٦١ . المدونة لسحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤.

٦٢ . المستدرك على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٠.

٦٣ . المعجم الصغير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، منشورات المكتب الإسلامي، دار عمار بيروت، عمان الطبعة الأولى ١٩٨٥.

٦٤ . معجم رموز المؤلفات المالكية تأليف الدكتور محمد العلمي، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.

٦٥ . المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د محمد حجي. طبعة دار الغرب الإسلامي ط: ١٩٨١.

٦٦ . المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن رشد القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٢.

٦٧ . المقريزي تقي الدين. المواعظ والاعتبار في ذكر الخطط والآثار. مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي الطبعة الثانية ٢٠١٣.

٦٨ . ملء العيبة بما جمع بطول الغيبة لابن رشيد الفهري السبتي تحقيق محمد الحبيب بن الخوجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٩٨٨.

٦٩ . مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، تقديم الشيخ علي علي لقم، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٧.

٧٠ . منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش دار الفكر بيروت لبنان، طبعة ١٩٨٩.

٧١ . المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي، لابن تغري بردي، تحقيق محمد محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٧٢ . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطاب الرّعيني دار الفكر الطبعة: الثالثة ١٩٩٢.

٧٣ . الموطأ للإمام مالك بن أنس اليحصبي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.

٧٤ . نظم الدر في اختصار المدونة، سراج الدين عبد الله بن عبد الرحمن الشارمساحي، تحقيق خالد محمد عبد الجبار، دار ابن حزم بيروت لبنان، الطبعة الأولى ٢٠١٣.

٧٥ . نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى، ١٩٩٥.

٧٦ . النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار الغرب الإسلامي، ط١، سنة ١٩٩٩.

٧٧ . نيل الابتهاج بتطريز الديباج أحمد بابا التنبكتي. تحقيق عبد الحميد عبد الله الهرامة دار الكاتب، طرابلس ليبيا الطبعة الثانية ٢٠٠٠.

٧٨ . هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين لإسماعيل بن محمد أمين، طبعة وكالة المعارف، إستانبول ١٩٥١، أعادت طبعه دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

٧٩ . الوافي بالوفيات للصفدي دار النشر فرانز بفيسباون، طبعة ١٩٦٢.

٨٠ . اليواقيت في أحكام المواقيت، شهاب الدين القرافي، اعتنى به جلال علي الجهاني، قدم له الحبيب بن الطاهر. تاريخ ودار الطبع غير مذكورين.

فهرس الموضوعات

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْتِ

۞ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد.

(٢) إيجاد الحِلَق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية.

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه، ولو كان ناقصاً؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها.

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية)؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية. والثاني: مصادر مرجعية.

۞ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

@sfaar16 | s. faar16@gmai. com

قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ ـ **عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل**، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر. سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٢ ـ **المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح**، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٣ ـ **شرح القصيدة التائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية**، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالقوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة التائية، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٤ ـ **رسالتان في مسألة القولين** (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ ـ **نصرة القولين للإمام الشافعي**، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم).

ب ـ **حقيقة القولين**، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٥ ـ **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العَمري، إِمْهَا حسن آية الله، يونس الوالدي، أحمد عبد الرحمن حِيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٦ ـ **الحواشي السابغات على أخصر المختصرات**، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٧ ـ **بلغة الوصول إلى علم الأصول**، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان. سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٨ ـ **تحصين المآخذ**، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٩ ـ **النكت في المختلف (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)**، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١٠ ـ **المسائل المولدات (المشهور بفروع ابن الحداد)**، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت٣٤٤)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١١ ـ **حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح**، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤)، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد، د. حسين بن حميد، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٢ ـ **البدرانية شرح المنظومة الفارضية، ويليه: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرفي**، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦)، تحقيق: سامح جابر الحداد، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٣ ـ **الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)**، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢)، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٤ ـ **المنتخب من المحصول**، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٥ ـ **غرر المحصول**، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُرْزي (ت ٦٥٧)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٦ ـ **فصل: المقال في هدايا العمال**، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٧ ـ **الأوسط في أصول الفقه**، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٨ ـ **بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩)، ويليه: تكملته لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢)، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس، كريم فؤاد محمد اللَّمْعي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٩ ـ **مسائل الخلاف**، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصَّيمري الحنفي (ت ٤٣٦)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢٠ ـ **تنقيح الفصول في علم الأصول**، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢١ ـ **المحصول في علم الأصول** (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء)، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيّات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٢ ـ **عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار**، تأليف: ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧)، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٣ ـ **مختصر كتاب المحصول في علم الأصول**، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي الشافعي (ت ٦٧١)، ويليه: **غاية السول في علم الأصول**، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤)، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٤ ـ **عيار النظر في علم الجدل**، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩)، تحقيق: أحمد عروبي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٥ ـ **الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه ـ الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض والترجيح ـ دراسة استقرائية تحليلية**، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعها). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٦ ـ **شرح المنتخَب من المحصول**، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٧ ـ **المفهم لصحيح مسلم**، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩)، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٨ ـ **التوضيح في شرح التنقيح** (شرح تنقيح فصول القرافي)، تأليف: حلولو المالكي، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمدي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٩ ـ **الإبرازات المتعددة للكتاب، دراسة في مفهوم الإبراز، وتعدده، وتأسيسٌ لمنهج الحُكم على الكتاب بتعدُّد الإبراز، وطريقة تحقيقه**، تأليف: أ. د. حاتم باي، سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٣٠ ـ **مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)** [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق]، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣١ ـ **مختصر الترمذي**، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٢ ـ **الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه)**، تأليف: ابن اللحام الحنبلي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٣ ـ **إيضاح المشكل من أحكام الخنثىٰ المشكل**، تأليف: جمال الدين الإسنوي (ت ٧٧٢)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٤ ـ **الكفيل بالوصول إلىٰ ثمرات الأصول (مختصر برهان الجويني)**، تأليف: ابن المُنَيِّر المالكي (ت ٦٨٣)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٥ ـ **الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة**، تأليف: أبي المظفر السمعاني (ت ٤٨٩)، تحقيق: أ.د. نايف بن نافع العَمري، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٦ ـ **نهاية الإقدام في مآخذ الأحكام**، تأليف: القاضي شهاب الدين الزنجاني (ت ٦٥٦)، تحقيق: حمود بن عبد الله المسعر، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٧ ـ **الطريق السالم إلىٰ الله**، تأليف: أبي نصر عبد السيد بن محمد البغدادي، المعروف بابن الصباغ (ت ٤٧٧)، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٣٨ ـ **الغاية في شرح الهداية**، تأليف: شمس الدين السروجي الحنفي (ت ٧١٤)، أربع عشرة رسالة دكتوراه، ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٣٩ ـ **تعليقة في أصول الفقه**، تأليف: عماد الدين الطبري المعروف بـ(إلكيا الهراسي) (ت ٥٠٤)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف، والمثنىٰ بن عبد العزيز الجرباء، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٤٠ ـ **شرح صحيح البخاري**، تأليف: قِوام السنَّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥)، تحقيق: د. عبد الرحيم بن محمد العزاوي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤١ ـ **التحرير في شرح مسلم**، تأليف: قِوام السنَّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥)،

تحقيق: إبراهيم آيت باخة، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤٢ ـ **مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)** ط. الموسّعة ذات الحواشي. تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٣ ـ **شرح مختصر الكرخي**، تأليف: أبي الحسن القُدُوري (ت ٤٢٨)، تحقيق: أ.د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٤ ـ **النكت على كتاب البرهان**، تأليف: أبي العزّ تقي الدين المقترح (ت ٦١٢)، تحقيق: د. علي بن عبد الرحمن بسام، راجعه: إبراهيم بن صالح الخزّي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٥ ـ **نظم الوجيز**، تأليف: أبي الفتح نصر الله التستري البغدادي الحنبلي (ت ٨١٢)، تحقيق: طارق بن سعيد آل عبد الحميد الدوسري، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٦ ـ **مجموعة التصحيح السبكي**، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١)، ويتضمن ثلاثة مصنفات؛ **توشيح التصحيح**، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكريم اللمعي. **تصحيح ترجيح الخلاف**، تحقيق: محمد بن أحمد آل رحَاب. **ترشيح التوشيح وتوضيح الترجيح**، تحقيق: د. حسن أبو ستَّة وعبد الصمد البلوشي، بإشراف ومراجعة: حذيفة بن فهد كعك، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٧ ـ **شرح المقترَح في المصطلح**، تأليف: تقي الدين المقترح الشافعي (ت ٦١٢)، تحقيق: أحمد محمد عرُّوبي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٨ ـ **نهاية السول في دِراية المحصول**، تأليف: القاضي المفضَّل بن سلطان الحموي، المعروف بابن حاذور (ت ٦٦٠)، تحقيق: د. محمد بن عبد الله العثمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٩ ـ **المسكت**، تأليف: الزبير بن أحمد الزبيري (٣١٧هـ)، تحقيق: عبدالله الثلاج. **الأقسام والخصال**، تأليف: أحمد بن عمر الخفاف (٣٦٢هـ)، تحقيق: حذيفة كعك. **شرائط الأحكام**، تأليف: عبدالله بن عبدان الهمذاني (٤٣٣هـ)، تحقيق: عبدالصمد النذير، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٠ ـ **جزء من التقريب والإرشاد**، تأليف: أبي بكر الباقلاني (ت٤٠٣هـ)، تحقيق: عدنان العبيات، تاريخ النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥١ ـ أصول السرخسي (المسمى: تمهيد الفصول في الأصول)، تأليف: شمس الدين السرخسي (ت٤٨٨هـ)، تحقيق: د. عبدالله السيِّد، د. رائد العصيمي، د. عسكر بن طعيمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٢ ـ غاية الأمل في شرح الجمل، تأليف: ابن بزيزة المالكي (ت٦٦٢هـ)، تحقيق: إبراهيم بلفقيه اليوسفي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

